Die

Wirkung des rechtsgeschäftlichen Zwanges

nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte

verfaßt und der

hohen juristischen Fakultät Straßburg

vorgelegt

von

Wilhelm Lange.

Leipzig,
Druck der Roßberg'schen Buchdruckerei.
1886.

Die

Wirkung des rechtsgeschäftlichen Zwanges

nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte

verfaßt und der

hohen juristischen Fakultät Straßburg

vorgelegt

von

Wilhelm Lange.

Leipzig,
Druck der Roßberg'schen Buchdruckerei.
1886.

Die in älterer Zeit vielumstrittene Frage, ob erzwungene Rechtsgeschäfte nach Justinianischem und folgeweise nach heutigem gemeinen Recht als nichtig oder als anfechtbar zu behandeln seien, schien in der neueren Doktrin bis vor etwa 2 Jahrzehnten endgültig ihre Erledigung, und zwar zu Gunsten der Anfechtbarkeit, gefunden zu haben. Um diese Zeit aber erschien das bekannte Buch Schliemann's über die Lehre vom Zwange,[1]) in welchem die kaum beruhigten Zweifel von neuem aufgeregt, die ganze Frage von neuem ins Ungewisse gestellt wurde. Indessen hatte der Schliemann'sche Angriff im Vergleich zu den früherhin gegen die Anfechtbarkeitstheorie gerichteten seine Besonderheit. Während nämlich ältere Gelehrte diejenigen Stellen des corpus iuris, die mehr auf Nichtigkeit als auf Anfechtbarkeit zu deuten schienen, ihres Widerspruchs mit den übrigen dadurch zu entkleiden suchten, daß sie dieselben auf eine ganz bestimmte Gattung von Rechtsgeschäften bezogen und nur für diese Gattung im Falle des Zwanges Nichtigkeit, für die übrigen Rechtsgeschäfte nach wie vor Anfechtbarkeit behaupteten,[2]) erklärte Schliemann, unter Aufgabe jedes solchen Vereinigungsversuchs, daß in den Quellen von einem Prinzip in der Behandlung erzwungener Rechtsgeschäfte überhaupt nicht die Rede sei, daß vielmehr in chaotischem Durcheinander bald Nichtigkeit bald Anfechtbarkeit als Folge des Zwanges bezeichnet werde. Diese Ansicht, obwohl mit

---

[1]) „Die Lehre vom Zwange" eine civilistische Abhandlung von Dr. Adolph Schliemann, Rostock 1861.

[2]) So wurde in älterer Zeit namentlich für bonae fidei negotia im Gegensatze zu stricti iuris negotia Nichtigkeit im Falle des Zwanges angenommen.

vieler Scheinbarkeit verfochten, hat sich dennoch in der Doktrin keine Anerkennung zu erringen vermocht. Man sträubt sich augenscheinlich dagegen, eine derartige Antinomie, wie gleich grell allerdings eine zweite schwerlich in den Quellen aufzuweisen wäre, wirklich für gegeben zu halten. Aus diesem Gefühl heraus haben denn auch neuerdings zwei Gelehrte, Schloßmann und Czyhlarz[1]), im Anschluß an die Schliemann'schen Untersuchungen die Frage erörtert und in einer der Achtung vor den Quellen weniger zuwiderlaufenden Weise zu lösen versucht. Czyhlarz nämlich sieht in den Worten des Edikts den Grundsatz der Nichtigkeit ausgesprochen und sucht in Anknüpfung hieran zu erweisen, daß, wo in den Quellen von Nichtigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäfts die Rede sei, immer ein Rechtsgeschäft prätorisch-rechtlichen Ursprungs in Frage stehe. Diese Nichtigkeit hält er aber lediglich für ein der Rechtsgeschichte angehöriges Faktum und ist nicht zweifelhaft darüber, daß für das Justinianische und heutige gemeine Recht schlechthin an der Anfechtbarkeit festgehalten werden müsse. Schloßmann dagegen, der sich in der Auffassung der Bestimmung des prätorischen Edikts an Czyhlarz anschließt, nimmt seinerseits auf Grund derselben generell und auch für das Justinianische und heutige gemeine Recht Nichtigkeit an und statuirt nur bei dem erzwungenen Testament, freilich nicht zu Gunsten der Anfechtbarkeit, sondern zu Gunsten der — Gültigkeit desselben, eine Ausnahme. Wir glauben, daß bezüglich des Hauptpunktes Schloßmann das Richtige getroffen hat. Da aber seine Untersuchung im einzelnen — namentlich auch nach Seiten der Konsequenz — zu viele Blößen darbietet, als daß es ihr hätte gelingen können, allgemeinere Zustimmung zu gewinnen, und da sie insbesondere, wie wir glauben, mit Bezug auf das erzwungene Testament die Wahrheit gänzlich verfehlt hat, so dürfte eine erneute Behandlung der ganzen Frage wohl am Platze sein.

Wir gehen aus von der uns mit Schloßmann und Czyhlarz gemeinsamen These, daß in den Worten des Edikts quod metus

---

[1]) Schloßmann: „Zur Lehre vom Zwange" 1874. Czyhlarz: „Der Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte" in den Jahrb. für Dogmatik Band XIII 1874.

causa gestum erit, ratum non habebo [1]) der Grundsatz der Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts ausgesprochen sei.

Einige verdeutlichende Worte über die oppositionelle Tragweite dieser These in ihrem Verhältniß zur herrschenden Ansicht mögen — mit dem Vorbehalt späterer ausführlicher Erörterung — gleich hier ihre Stelle finden. Zunächst wird von Schloßmann-Czyhlarz in keiner Weise bestritten die civilrechtliche Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte. Auch ist dieselbe ja so vielfach und mit einer solchen Deutlichkeit in den Quellen ausgesprochen, daß ein Zweifel an ihr nicht wohl möglich ist. Die Meinungsverschiedenheit beginnt erst da, wo es sich um den Standpunkt handelt, den das prätorische Recht dieser civilrechtlichen Gültigkeit gegenüber eingenommen hat.

Die Vertreter der herrschenden Ansicht nehmen an, das Oktavianische Edikt habe dem materiell-rechtlichen Grundsatz der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte principiell nicht widersprechen, sondern lediglich Rechtsmittel einführen wollen, mit deren Hülfe die durch ein erzwungenes Rechtsgeschäft erzeugte rechtliche Wirkung wieder rückgängig gemacht werden könnte.[2])

Wir sind mit Czyhlarz und Schloßmann der Meinung, das Edikt habe geradezu den dem civilrechtlichen entgegengesetzten

---

[1]) L. 1 D. 4, 2.

[2]) Dieß ist der Begriff der Anfechtbarkeit in der logisch allein haltbaren Fassung. Die Auffassung Windscheids, in welcher Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beide dem Oberbegriff „Ungültigkeit" unterstellt werden (statt daß die Anfechtbarkeit als rescissible Gültigkeit gefaßt wird) ist u. E. höchst verwirrend. Das sprachlich natürliche ist jedenfalls, als Inhalt des Wortes „Gültigkeit" die Erzeugung einer rechtlichen Wirkung aufzufassen, sodaß von Ungültigkeit also nur bei Nichterzeugung einer rechtlichen Wirkung gesprochen werden darf. Wenn Windscheid zur Begründung seiner Anordnung hervorhebt, daß „das anfechtbare Rechtsgeschäft dadurch eben, daß es anfechtbar ist, nicht minder in seiner Kraft gehemmt sei als das nichtige", so ist dagegen zu erwidern, daß dem nichtigen Rechtsgeschäft überhaupt gar keine Kraft innewohnt, daß es vielmehr weiter nichts ist als ein rechtlich völlig unerheblicher Thatbestand. Was Windscheid hier „Kraft" nennt, ist augenscheinlich identisch mit seiner „rechtlichen Wirkung", die er selbst dem nichtigen Rechtsgeschäft abspricht. Wenigstens wüßten wir nicht, was für eine andere Kraft neben dieser rechtlichen Kraft für die juristische Betrachtung noch in Frage käme. (vgl. Windscheid I, § 82 Anm. 7, 4. Auflage.)

materiell-rechtlichen Grundsatz der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte aufstellen und in den von ihm für den Fall des Zwanges eingeführten Rechtsmitteln nur Verwirklichungsformen dieses seines Nichtigkeitsgrundsatzes an die Hand geben wollen.

Die große Tragweite dieser Meinungsverschiedenheit liegt auf der Hand. Sieht man in der Bestimmung des Edikts nur eine Modifikation des im übrigen anerkannten civilrechtlichen Princips der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte, so kann dasselbe auch für das heutige gemeine Recht nicht zweifelhaft sein. Sieht man in ihr einen dem alten Civilrecht straks zuwiderlaufenden materiell-rechtlichen Grundsatz, so erhebt sich unabweisbar die Frage, welcher der beiden sich widersprechenden Grundsätze denn nun heute als geltendes Recht anzusehen sei. Daß ferner, jenachdem man sich für die eine oder die andere der beiden Meinungen entscheidet, die actio quod metus causa und die exceptio metus einen durchaus verschiedenen Charakter annehmen, muß auf den ersten Blick einleuchten.

Was nun die Worte des Edikts selbst betrifft, so muß es beinahe befremdlich erscheinen, wie man den klar und deutlich in ihnen enthaltenen Sinn so lange hat mißkennen können. In der That, wie könnte „ratum non habebo", ohne der Sprache Gewalt anzuthun, anders übersetzt werden als: „Ich werde ein metus causa gestum als gültig nicht anerkennen" = „Für mich in meiner Eigenschaft als Prätor, als Träger der Jurisdiktionsgewalt, in welcher alles Recht sich erst zur eigentlichen Aktualität entwickelt, ist ein solches Geschäft nicht gültig" = „Die civilrechtliche Gültigkeit eines solchen Geschäfts ist für mich nicht vorhanden". Und sehr mit Recht bemerkt Czyhlarz, es sei gar nicht abzusehen, wie überhaupt der Prätor seiner ganzen Stellung nach den Grundsatz der Nichtigkeit anders hätte ausdrücken sollen.[1]) Ueberall, wo das Edikt einen neuen materiell-rechtlichen Grundsatz proklamirt, thut es das in der Form eines Hinweises auf die jurisdiktionelle Thätigkeit des Prätors, und man ist in anderen Fällen weit davon entfernt, aus dieser Form zu schließen, daß es sich

[1]) A. a. O. p. 31 Anm. 63.

um die Neuaufstellung eines materiell-rechtlichen Grundsatzes eigentlich nicht gehandelt habe.[1])

Um überhaupt zu verstehen, wie trotz dieser Deutlichkeit der Ediktsworte die herrschende Meinung an einer (rescissibeln) Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte auch nach prätorischem Recht habe festhalten können, ist man fast gedrängt, anzunehmen, daß sie in dem Worte „gestum" schon eine gewisse Andeutung von Gültigkeit gefunden wissen wolle. Freilich wäre das willkürlich genug. „Gerere" ist, wie überall aus den Quellen ersichtlich, der rein faktische Thatbestand rechtsgeschäftlichen Handelns, ganz unabhängig davon, ob diesem Handeln eine rechtliche Relevanz zukommt oder nicht. Wenn es, um eine Stelle statt vieler anzuführen, l. 2 § 1 D. 44, 7 heißt: consensu dicimus obligationem contrahi, quia sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire, so will das sagen: Wenn außer dem negotium gestum auch ein auf dasselbe bezüglicher Konsens vorliegt, so ist es gültig; wenn nicht, so ist es ein ungültiges negotium gestum. Der Rechtseffekt des obligationem contrahere, für welchen Konsens die Voraussetzung ist, wird hier in schärfster Weise dem negotia gerere als dem rein faktischen Thatbestand, mit dem sich der Konsens verbinden kann oder auch nicht, entgegengestellt.[2])

Einerseits also liegt in dem Gebrauch des Wortes „gestum" keinerlei Gültigkeitsanerkennung seitens des Prätors, andererseits spricht das ratum non habebo die Nichtgültigkeit, die Nichtigkeit, die „rechtliche Nichtexistenz" der erzwungenen Handlung vom Standpunkt des Prätors geradezu aus.

Nicht ohne Absicht wählen wir den Ausdruck „rechtliche Nichtexistenz". Es kommt uns darauf an, einer Wendung Czyhlarz' entgegenzutreten, die geeignet ist, die ganze Klarheit des von ihm gewonnenen Resultates wieder zu verwischen und in Frage zu

---

[1]) Die gewöhnliche Form ist: actionem, iudicium dabo.

[2]) Vgl. auch l. 58 pr. D. 50, 16: licet inter gesta et facta videtur quaedam suptilis esse differentia, attamen καταχρηστικῶς nihil inter factum et gestum interest, womit augenscheinlich gesagt sein soll, daß „gestum" vorzugsweise das rechtsgeschäftliche Handeln, facere das Handeln ganz allgemein bedeute; ferner l. 19 eod.

stellen. Er bemerkt nämlich, nachdem er eben erst die im Edikt ausgesprochene Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte hervorgehoben hat, „auch der Prätor negire damit keineswegs die Existenz der erzwungenen Handlung", unter welcher Existenz er nicht bloß den rein faktischen Bestand, sondern eine gewisse rechtliche Relevanz verstanden wissen will.[1]) Man muß also annehmen daß er nebeneinander unterscheidet: a) rechtsgeschäftlichen Thatbestand, b) Existenz desselben, c) Gültigkeit desselben. Wir bekennen, daß uns zur Auffassung dieses subtilen Unterschiedes das erforderliche Organ mangelt. Als etwas faktisches scheint uns die Existenz mit dem Thatbestand, als etwas rechtliches mit einer wie auch immer beschaffenen Gültigkeit zusammenzufallen. Wenn der Prätor „von seinem Standpunkte aus"[2]) das erzwungene Rechtsgeschäft als nichtig bezeichnet, so negirt er damit „von seinem Standpunkte aus" dessen Existenz, soweit letztere als irgend welche rechtliche Bedeutsamkeit gefaßt wird. Nebenbei gesagt: Daß er damit eine altcivilrechtliche „Existenz" desselben weder leugnet noch leugnen kann, versteht sich von selbst.

Worin vor allem nun wird sich zeigen müssen, daß für den Prätor ein erzwungenes Rechtsgeschäft nicht „gültig aber rescissibel", sondern schlechthin nichtig ist? Doch wohl darin, daß beispielsweise nach Abschluß eines Rechtsgeschäfts, durch welches ein Recht aufgegeben werden soll — wenn es erzwungen wurde — dieses Recht als noch bei dem Gezwungenen befindlich erscheint. Und dieß wiederum kann sich in keiner besseren Weise zeigen als dadurch, daß dem Gezwungenen die mit seinem Recht verbundene actio auch nach Abschluß des erzwungenen Rechtsgeschäfts noch weiterhin zusteht. Denn wäre das Geschäft gültig aber anfechtbar, wäre also das Recht, auf dessen Aufgabe das Rechtsgeschäft gerichtet war, zunächst wirklich von der gezwungenen Person abgelöst, so müßte unstreitig ein Rescissionsakt vorausgehen, durch den das verlorene Recht zurückerstattet wird, bevor die gezwungene Person von der mit jenem Recht verbundenen actio Gebrauch machen könnte.

---

[1]) A. a. O. p. 7.
[2]) A. a. O. p. 31.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet gewinnt nun die l. 9 § 7 D. 4, 2 für die vorliegende Frage die allerentscheidendste Bedeutung. Ulpian hat unmittelbar vorher in § 3 derselben lex mit voller akademischer Bewußtheit die Frage aufgeworfen, wie denn nun eigentlich in praxi das ratum non habere der Edikts-bestimmung aufzufassen sei: „sed quod dicit, ratum se non habiturum, quatenus accipiendum sit videamus.“ Darauf erklärt er zunächst in einer Auseinandersetzung, auf die wir weiter unten zurückkommen werden, daß in allen Fällen rechtsgeschäftlichen Zwanges actio und exceptio metus begründet seien. Nun wird, wer unter dem Einfluß der herrschenden Meinung steht, geneigt sein, schon eben dies Zuranwendungkommen der actio und exceptio metus auf (rescissible) Gültigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts zu deuten, da man in beiden Rescissionsmittel gegenüber einer erzeugten rechtlichen Wirkung zu sehen gewohnt ist.

Allein als ob Ulpian diesen möglichen Irrthum sogleich hätte abschneiden wollen, fügt er unmittelbar hinzu:

> „volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.“

Dabei supponirt er offensichtlich den Fall, daß das erzwungene Rechtsgeschäft die Aufgabe eines Rechtes, eines dinglichen oder obligatorischen, bezweckte. In einem solchen Falle, meint er, stehen dem Gezwungenen außer der actio quod m. c. und der exceptio metus auch noch die Klagen aus dem Recht zu, auf dessen Aufgabe das Geschäft gerichtet war. Das wäre denn also nichts geringeres als eine direkte induktive Bestätigung dessen, was wir eben erst deduktiv aus dem Begriff der Nichtigkeit abgeleitet haben und zugleich eine Interpretation der Ediktsworte von nicht abzuweisender Authenticität.

Diese Bedeutung der Stelle ist denn auch von den Vertretern der (rescissiblen) Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte erkannt worden, und man hat auf dem Wege der Auslegung den lästigen Widerspruch zu beseitigen gesucht. Das natürliche Mittel dazu war, daß man sich die beiden in der Stelle erwähnten actiones durch in integrum restitutio vermittelt dachte, wofür man speciell bei der actio in personam den gegründetsten Anlaß in dem Zusatz rescissa acceptilatione vel alia liberatione zu haben glaubte.

Damit wäre denn freilich die Gültigkeit einer erzwungenen traditio und acceptilatio auch nach prätorischem Recht gerettet. Allein was zunächst die actio in rem betrifft, so deutet einerseits nichts in der Stelle auf eine vorausgehend zu denkende in integrum restitutio hin, anderseits ist es mit Rücksicht auf die Begründung, die Ulpian sogleich folgen läßt, geradezu unmöglich, eine solche für erforderlich zu halten. In § 6 nämlich fährt Ulpian fort: „licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius, qui vim passus est . . .“ Daraus geht hervor, daß die actio in rem dem gezwungenen Tradenten einfach kraft bonitarischen Eigenthums zusteht, daß letzteres also durch die erzwungene Tradition gar nicht übertragen, mithin die ganze Tradition vom Standpunkte des prätorischen Rechts nichtig ist. So auch übereinstimmend Brinz, Schliemann, Schloßmann, Czyhlarz.[1]) Schulin[2]) dagegen glaubt, die Gültigkeit der erzwungenen Tradition an unserer Stelle auch ohne hinzugedachte in integrum restitutio dadurch retten zu können, daß er die actio in rem des Ulpian gar nicht als Eigenthumsklage sondern als Publiciana in rem actio auf Restituirung des Besitzes auffaßt. Die von dem Beklagten eingewendete exceptio iusti dominii denkt er sich dabei durch eine replicatio metus zurückgeschlagen. Dieser Auslegung der Stelle schließt sich im wesentlichen, wenn auch mit einer gewissen zweifelnden Unsicherheit, Windscheid[3]) an, nur daß er an Stelle der von beklagtischer Seite einzuwendenden exceptio dominii eine exceptio rei venditae et traditae setzt. Die Worte „quia res in bonis est eius, qui vim passus est“ deuten beide in Konsequenz ihrer Auffassung nicht auf bonitarisches Eigenthum sondern auf das Vorhandensein der Voraussetzungen der actio Publiciana.

---

[1]) Brinz, Pandekten S. 1423 f. Schliemann a. a. O. S. 74. Schloßmann a. a. O. S. 105 ff. Czyhlarz a. a. O. S. 42 f.

[2]) „Ueber einige Anwendungsfälle der Publ. in rem actio“ Marburg 1873 S. 45.

[3]) I. § 118 Anm. 3, 4. Auflage: „Die actio in rem der l. 9 § 4 h. t. wird wohl besser als actio Publiciana mit replicatio quod metus c. gegen die exceptio dominii gefaßt.“

Es würde zu weit führen, wollten wir an dieser Stelle in eine Untersuchung über die Voraussetzungen der Publiciana eintreten, um danach entscheiden zu können, ob die Publiciana in der Person des gezwungenen Tradenten überhaupt begründet sei;[1]) es genügt, um die Annahme Schulins zurückzuweisen, daß wir auf folgendes aufmerksam machen:

Zunächst sind die Worte Ulpians volenti autem datur et in rem actio . . von einer so merkbar beiläufigen Natur, schmecken gleichsam in ihrer Kürze so sehr nach Selbstverständlichkeit, daß es nicht glaublich erscheint, Ulpian habe mit ihnen ein so künstliches System von Klage, Einrede und Gegeneinrede, wie das von Schulin und Windscheid supponirte, andeuten wollen. Des Weiteren aber fordert es u. E. unabweisbar die enge Verbindung der actio in rem mit der zugleich erwähnten actio in personam, welche letztere allgemein als Klage aus dem Forderungsrecht gefaßt wird, auch die erstere als Klage aus einem Recht, und also aus dem dinglichen Recht des bonitarischen Eigenthums, zu deuten. Und schließlich, wenn wir auch in abstracto zugeben wollen, daß in bonis esse von dem Vorhandensein der Voraussetzungen der Publiciana in rem actio gesagt werden könnte,[2]) nichts weist darauf hin, daß es an unserer Stelle eher hiervon als von dem bonitarischen Eigenthum, wofür es technischer Ausdruck ist, gesagt sei.[3])

Aus diesen Gründen müssen wir auch Schulin und Windscheid gegenüber darauf beharren, daß in den Worten Ulpians, zunächst bezüglich der traditio, der prätorische Grundsatz der Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte mit wünschenswerthester Deutlichkeit zum Ausdruck komme.

Noch eine zweite Stelle wird übereinstimmend von Schliemann, Schloßmann und Czyhlarz als Beleg für die prätorische

---

[1]) Unbezweifelt ist das nicht; vgl. Schloßmann p. 105 ff.

[2]) Vgl. l. 52 D. 41, 1.

[3]) Die auf diesen Punkt bezügliche „Begründung" Schulins lautet: „Mit diesen Worten will Ulpian gewiß weiter nichts sagen, als daß die Voraussetzungen der Publiciana noch in der Person des Gezwungenen vorhanden seien, gewiß nicht, daß der Tradent noch bonitarischer Eigenthümer sei" S. 45. sapienti sat!

Nichtigkeit einer erzwungenen traditio angeführt, nämlich l. 3 Cod. 2, 19:

„Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emtor eum alii vendidit, si tamen tu avo tuo heres exstitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti adito praeside provinciae poteris postulare, si modo qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus."

Auch hier sehen sie in dem actionem in rem quoque dari den Beweis, daß trotz geschehener Tradition dem Gezwungenen bezw. seinen Erben die Eigenthumsklage auch noch weiterhin zustehe. Allein wir können uns mit dieser Auslegung der Stelle nicht einverstanden erklären. Uns scheint der Zusatz reddito a te pretio klar darauf hinzudeuten, daß hier nicht von einer dem Erben des Tradenten zustehenden dinglichen Klage, für welche die Rückgabe des Preises doch keinesfalls Voraussetzung sein würde,[1]) sondern von der actio quod metus causa als einer in rem scripta die Rede ist. Der Sinn der Stelle ist: „Wenn auch die auf Grund Zwanges veräußerte Sache von dem ersten Erwerber weiter veräußert ist, so kannst Du sie dennoch, da nach dem Edikt die actio q. m. c. nicht nur gegen die Person des Zwingenden, sondern auch gegen den dritten Erwerber — in rem quoque — geht,[2]) von dem gegenwärtigen Besitzer unter Rückerstattung des Preises zurückverlangen." Nach unserer Auslegung würde also

[1]) Schliemann S. 72 u. 73 gibt das als „den allgemeinen Grundsätzen" entsprechend zu, meint aber, eben für diesen Fall einer erzwungenen Tradition sei die Eigenthumsklage nach Analogie der gleichfalls zustehenden actio q. m. c. ausnahmsweise mit der Voraussetzung einer Restitution des Kaufpreises ausgestattet worden. Wir meinen, es liegt näher — wenn es sonst sprachlich möglich ist — statt zu einer beweislosen Hypothese zu greifen, lieber die hier erwähnte actio direkt auf die a. q. m. c. zu beziehen, für welche die Pflicht der Preisrestitution feststeht.

[2]) Wörtlicher: „nachdem das Edikt den Grundsatz aufgestellt hat." Es ist uns unverständlich, wie Becker und Spaltenstein aus diesem postquam placuit auf einen späteren besonderen gesetzgeberischen Akt schließen können. Vgl. Schloßmann S. 109 Anm. 147.

Subjekt des Infinitivsatzes nicht in rem actionem, sondern nur actionem, das in rem dagegen mit dari zusammen Prädikat sein, eine Konstruktion, der von Seiten der Wortstellung gewiß nichts im Wege steht. Empfohlen aber wird diese Auslegung, abgesehen von dem schwerwiegenden aus dem reddito a te pretio entnommenen sachlichen Grunde, auch noch dadurch, daß nur so das hinter in rem stehende quoque eine logisch reinliche Beziehung erhält. Wer nämlich die Stelle auf eine dingliche Klage deutet, wird dieses quoque durch den matten und sogar schiefen Gegensatz — schief, insofern auch mit der actio q. m. c. der dritte Erwerber zu fassen gewesen wäre — non solum actionem quod metus causa erklären müssen, während es nach unserer Auslegung nur der Subintellegirung des naheliegenden und antithetisch einzig angemessenen Zusatzes non solum in personam bedarf.

Mit dieser unserer Auslegung treten wir aber nicht nur mit den Anhängern der Nichtigkeit, sondern ebenso sehr auch mit deren Gegnern in Widerspruch. Von diesen denken die einen auch hier wieder an eine durch in integrum restitutio vermittelte Eigenthumsklage, während Windscheid,[1]) wenn wir ihn richtig verstehen, an eine in integrum restitutio selbst gedacht wissen will. Beide Auslegungen sind aber unhaltbar gegenüber dem Zusatz, mit welchem das Gordianische Reskript abschließt „nisi qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione fuerit munitus."

Denn stände hier in irgend einer Weise die in integrum restitutio in Frage, so müßte als der Fall, in welchem dem dritten Erwerber nicht mehr beizukommen sei, nicht der Ablauf der longi temporis possessio sondern vielmehr der Ablauf des der in integrum restitutio eigenthümlichen annus utilis genannt sein.[2])

---

[1]) I § 120 Anm. 4 (4. Auflage).

[2]) Beiläufig sei hier bemerkt, daß die Behauptung Windscheids, die in integrum restitutio ex capite metus sei, entgegen dem allgemeinen für die in integrum restitutio geltenden Grundsatz, in rem scripta, sich ausschließlich auf diese Stelle stützt, sodaß, falls unsere Kritik berechtigt ist, auch

Ebensowenig wie das eben besprochene Gordianische Reskript möchten wir Paul. S. I 7 § 4 als Beweis für die prätorische Richtigkeit erzwungener Tradition gelten lassen. Die Stelle ist, wie allerseits zugestanden wird, korrupt, vielleicht sogar unecht, mithin als Fundament einer beweisbedürftigen Hypothese unbrauchbar.[1])

Dagegen scheinen uns zwei bisher unbeachtet gebliebene Stellen das aus l. 9 § 4 und 5 D. h. t. gewonnene Ergebniß vollauf zu bestätigen. Zunächst l. 14 § 2 D. h. t.

An dieser Stelle führt wiederum Ulpian aus, daß die actio q. m. c. nach Ablauf eines Jahres nur noch auf das simplum gehe; sie werde aber dann nur causa cognita gegeben, d. h. nachdem der Prätor sich überzeugt habe, daß dem Gezwungenen keine andere Klage zustehe. Dann heißt es: „alia autem actio esse sic potest: si is, cui vis admissa est, decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet."

Hier wird supponirt, daß der Erblasser metus causa Sachen tradirt habe,[2]) und betont, daß der Erbe in diesem Fall gegen

---

dieser Behauptung die quellenmäßige Stütze entzogen wird. Unter denen, die auch an dieser Stelle an eine durch in int. rest. vermittelte actio in rem denken, sind zu nennen: Burchardi: Wiedereinsetzung i. d. vor. St. p. 370 u. von Schröter: in int. rest. in der Zeitschrift für C. u. Pr. VI p. 120.

[1]) Dennoch glaubt Schloßmann S. 101 sie ungescheut verwerthen zu können. Sie lautet in der von Huschke gegebenen Form, unter Einklammerung der von ihm gemachten Zusätze: [Cum metus causa decernitur] integri restitutio [actio] aut in rem competit aut in personam . in rem competit actio, ut res ipsa, qua de agitur, revocetur; in personam autem quadrupli poena intra annum vel simplum post annum peti potest. Uns scheint, wenn wir trotz des Zustandes der Stelle eine Vermuthung wagen sollen, hier von der actio q. m. c. in ihrer doppelten Funktion als quasidingliche und als obligatorische Deliktsklage die Rede zu sein. Der Sinn wäre dann, daß dieselbe gegenüber dem dritten Erwerber nur reipersekutorischen, gegenüber dem zwingenden selbst dagegen pönalen Charakter hätte.

[2]) Daß diese Supposition zu Grunde liegt und nicht etwa an einen nicht durch Tradition vermittelten Besitz des Zwingenden gedacht ist, erhellt

den Zwingenden die hereditatis petitio anstellen könne. Wenn schon danach sich von selbst versteht, daß der Erbe in gleicher Weise auch aus seinem dinglichen Recht an den tradirten Sachen würde klagen können, so wird zum Ueberfluß noch jeder Zweifel abgeschnitten durch den Zusatz „quia pro possessore qui vim intulit possidet.“ Also das Recht an den Sachen ist durch die erzwungene Tradition nicht auf den Zwingenden übergegangen, die Tradition mithin nichtig.[1])

Die zweite Stelle l. 14 § 11 D. h. t. betrifft einen Sklaven, der, wie wir auch hier annehmen müssen, seinem Herrn durch erzwungene Tradition entzogen und danach dem Zwingenden entlaufen ist. In diesem Falle tritt, wie Ulpian ausführt, an die Stelle des restituere, auf welches sonst die actio q. m. c. abzielt, die Bestellung einer Kaution, um den Zwingenden für die Verfolgung des Sklaven zu interessiren. Dann fährt Ulpian fort:

„et nihilo minus *in rem* vel ad exhibendum vel si qua alia (ei)[2]) competit *actio* ad eum recipiendum, *integra* ei, qui vim passus est, *servabitur*.“ Und gleich darauf wird der Gezwungene geradezu als dominus bezeichnet, um auch hier

---

aus § 12 derselben lex 14, wo es heißt: qui vim intulit, cum possessionem *a me* sit consecutus, fur non est.

[1]) Herr Professor Lenel hat die Güte gehabt, mich darauf aufmerksam zu machen, wie seltsam es sei, daß hier der Jurist zu dem immerhin ferner liegenden Beispiel der hereditatis petitio greife, wenn in Wahrheit dem Gezwungenen ohne Weiteres die actio in rem zugestanden hätte. Er meint, eben dies deute darauf hin, daß letztere nur kraft einer in integrum restitutio zugestanden habe, mithin post annum nicht mehr statthaft gewesen sei. Allein es wäre doch nicht einzusehen, wie, wenn die actio in rem ohne in int. rest. unstatthaft gewesen wäre, im vorliegenden Fall die hereditatis petitio ohne eine solche gegeben sein könnte. Dazu kommt die unzweideutige Allgemeinheit des im Text angeführten Zusatzes „quia pro possessore etc.“, die sich mit einer Nichtzuständigkeit der actio in rem nicht vereinigen lassen würde. Rechnen wir hinzu die Kraft der übrigen von uns beigebrachten Argumente, so sind wir, die Seltsamkeit des gewählten Beispiels zugestanden, dennoch nicht in der Lage, einen entscheidenden Gegenbeweis in derselben zu erkennen.

[2]) Das ei wird wohl zu streichen sein; es ist angesichts des folgenden ei überflüssig und störend.

ganz deutlich zu machen, daß der Zwingende nur pro possessore besitze.

Das integra *servabitur* aber auf eine in integrum *restitutio* zu deuten, wird hoffentlich auch denen nicht beikommen, die sonst, wo es nur irgend angeht, mit der Annahme einer solchen bei der Hand sind.

Wir unserseits halten es auf Grund der 3 von uns beigebrachten Stellen für erwiesen, daß eine erzwungene Tradition „vom Standpunkt des Prätors aus" schlechthin nichtig gewesen sei, und daß es also keinerlei Anfechtung bedurft habe, um sie nichtig zu machen.

Wie aber steht es, um zu l. 9 § 7 D. h. t. zurückzukehren, von der wir ausgegangen sind, mit dem zweiten dort supponirten Fall, dem einer erzwungenen Acceptilation? War auch sie für den Prätor nichtig, also, daß in gleicher Weise wie dem gezwungenen Tradenten die actio in rem, dem gezwungenen Acceptilanten die actio in personam ohne vorausgehende in integrum restitutio zustand?

Wir haben schon oben erwähnt, daß fast allgemein die Worte rescissa acceptilatione vel alia liberatione als die Andeutung einer vorher erforderlichen in integrum restitutio aufgefaßt werden. Es geschieht das selbst von solchen, welche die actio in rem als eine unmittelbar auf Grund des Eigenthums zustehende Klage angesehen wissen wollen.[1])

Hier giebt es nun unseres Erachtens nur zwei Möglichkeiten. Entweder man faßt die actio in personam als eine restituirte, dann muß man aber, wie sehr die ganze Stelle dagegen spricht, auch der actio in rem diese Eigenschaft zubilligen. Oder man hält die letztere als nicht restituirt fest, dann ist man gezwungen, auch für die actio in personam den Gedanken an in integrum restitutio fallen zu lassen. Denn die Verbindung beider ist so eng, daß einen fundamentalen Unterschied zwischen ihnen anzunehmen unmöglich ist. Hätte Ulpian in dem rescissa acceptilatione einen solchen andeuten wollen, so würde er das unstreitig

[1]) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 42; Schliemann a. a. O. S. 59 und 60.

durch ein vorausgehendes „et haec quidem“ haben merkbar machen müssen.

Danach ergiebt sich unser Standpunkt in dieser Frage von selbst. Nachdem wir die actio in rem als eine nicht durch in integrum restitutio vermittelte erkannt haben, müssen wir, von sprachlicher Nothwendigkeit gedrängt, dasselbe auch für die actio in personam annehmen.

Freilich fällt uns damit zugleich die Aufgabe zu, das rescissa acceptilatione, nachdem wir seine Deutung auf in integrum restitutio abgewiesen haben, in anderer Weise zu erklären. Das ist indeß nicht allzu schwer. Mit Recht nämlich hat Schloßmann zunächst darauf aufmerksam gemacht, daß rescindere weit davon entfernt ist, technischer Ausdruck für in integrum restitutio zu sein, d. h. für diejenige in integrum restitutio, die im engeren Sinne so genannt wird, und deren charakteristische Eigenthümlichkeit in älterer Zeit die praetoria cognitio und der annus utilis, seit Justinian das quadriennium ist. Das Wort wird vielmehr mit Vorliebe gerade in solcher Verbindung gebraucht, wo an eine derartige in integrum restitutio im engeren Sinne nicht wohl gedacht werden kann. Zwar auf die von Schloßmann[1]) hierzu angeführte Belegstelle § 6 J. de act. 4, 6: „Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit . . . . . permittitur ipsis creditoribus *rescissa traditione* eam rem petere“ soll, da sie zu weitläufigen Kontroversen, die noch jetzt ihres Abschlusses harren, Anlaß gegeben hat,[2]) kein besonderes Gewicht gelegt werden. Statt dessen verweisen wir mit um so größerem Nachdruck auf Gaii Inst. IV. 38, wo es von dem capite deminutus heißt: „sed ne in potestate eius sit, ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis *rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*“ Hier haben wir also aus dem Munde eines römischen Juristen selbst die klarste Auskunft, was mit solchen Wendungen wie rescissa traditione, rescissa acceptilatione etc. gesagt sein soll. Nichts weiter nämlich, als

[1]) A. a. O. S. 102.

[2]) Vgl. Arndts § 228 N. 1, Windscheid II § 463.

daß der Klagformel seitens des Prätors ein fikticischer Zusatz beigefügt wurde!

Nun ist zwar richtig, daß jede durch in integrum restitutio vermittelte Klage einen solchen fikticischen Zusatz enthielt; ebenso richtig aber auch, wie Schliemann mit Recht hervorhebt,[1]) daß nicht jede mit fikticischem Zusatz versehene Klage durch in integrum restitutio vermittelt war. Und gerade die den Gläubigern des capite deminutus zustehenden actiones ficticiae sind keinesfalls als durch eigentliche in integrum restitutio vermittelte zu denken.

Burchardi[2]) freilich nimmt das Gegentheil an, unter einer Beweisführung jedoch, deren Schwäche auf den ersten Blick einleuchtet. Bezüglich jener Stelle nämlich, die den Wortlaut des prätorischen Edikts über die capite deminuti widergiebt,[3]) bemerkt er Folgendes: „Würde es übrigens nicht ausdrücklich gesagt, daß es wirklich eine restitutio propter capitis deminutionem gebe, so könnte man darin sehr leicht die Einführung einer wahren in integrum restitutio verkennen. Man könnte vielmehr versucht sein, in diesem Edikt eine direkte Aufhebung der Regel, daß ein capite deminutus nicht aus seinen Schulden belangt werden könne, zu finden. Die Restitution ist jedoch in den Worten „perinde quasi id factum non sit“ angedeutet.“ Dies die ganze Beweisführung! Was zunächst den Schlußsatz betrifft, so wird jeder zugeben, daß die citirten Worte nicht weniger aber auch nicht mehr andeuten als lediglich einen fikticischen Zusatz; für die Annahme einer wahren in integrum restitutio ist darin nicht der geringste Anhalt! Und wenn Burchardi im Eingang seiner Argumentation behauptet, es werde ausdrücklich gesagt, daß es eine in integrum restitutio propter capitis deminutionem gebe, so wird damit lediglich auf Stellen ganz allgemeiner Art Bezug genommen, die ebensowohl von einer Restitution im weiteren als im engeren Sinne verstanden werden können.[4]) Mit der Annahme einer bloßen

---

[1]) A. a. O. S. 75.

[2]) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 274.

[3]) L. 2 § 1 D. 4, 5: Ait praetor: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve, perinde quasi id factum non sit, indicium dabo.

[4]) L. 2 D. 4, 1 u. Paul. Sent. I 7 § 2; ferner l. 2 § 4, l. 7 § 3

prätorischen Fiktion würden also auch sie nicht im Widerspruch stehen. Da nun überdieß — und hierauf ist das Hauptgewicht zu legen — von einer zeitlichen Beschränkung der Schuldklagen gegen den deminutus auf einen annus utilis weder in dem betreffenden Titel die Rede ist, noch dieselbe von irgend einer Seite, soweit uns bekannt, angenommen wird, so können wir es wohl mit Schliemann für ausgemacht halten, daß jene Schuldklagen zwar fiktizische, aber keineswegs durch in integrum restitutio im engeren Sinne vermittelt waren.[1]) Wenn nun gerade hier die Beifügung des fiktizischen Zusatzes von Gajus ausdrücklich als Bedeutung des Wortes rescindere bezeichnet wird, so wird man doch wohl berechtigt sein, auch l. 9 § 5 in der Wendung rescissa acceptilatione vel alia liberatione lediglich die Andeutung eines solchen nicht durch in integrum restitutio vermittelten fiktizischen Zusatzes zu sehen. Mehr aber, als daß wir zu einer solchen Auffassung berechtigt sind, brauchen wir nicht zu erweisen, da — die Berechtigung zugegeben — der Zwang zu einer solchen Auffassung, wie oben dargethan, durch sprachliche Momente gegeben ist.

Wir also fassen mit Schloßmann,[2]) wenn uns auch dessen Beweisführung nicht zulänglich erschien, die in l. 9 § 5 erwähnte actio in personam ganz ebenso wie die mit ihr verbundene actio in rem einfach als actio utilis auf und schlagen etwa folgende Formeln für beide vor:

1. actio in rem (vindicatio utilis): Si metus causa A's A's N'o N'o fundum Sempronianum mancipio dedisse videbitur, tum si paret, nisi mancipio dedisset, A'i A'i eum esse ex iure Quiritium, nisi restituetur arbitratu tuo, quanti is erit N'm N'm A'o A'o condemna, si non paret, absolve.[3])

D. 4, 5. Von den ersteren beiden wird weiter unten klar werden, daß sie auf rest. im weiteren Sinne bezogen werden müssen. Das restituitur actio der vorletzten Stelle ist ganz und gar nicht beweisend, da restituere, wie reichlich bezeugt ist, auch einfach „aushändigen" heißt. Die letzte Stelle ist ganz allgemeiner Natur.

[1]) Schliemann a. a. O. S. 75; ebenso augenscheinlich Keller § 31.

[2]) A. a. O. S. 107.

[3]) Anders, aber, wie uns scheinen will, schwerfälliger Schloßmann,

2. actio in personam: Si metus causa A's A's N'o N'o accepto tulisse videbitur, tum si paret, nisi accepto tulisset, centum hunc illi dare oportere — quasi id factum non sit — condemna, si n. p. absolve.

Mit solchen Formeln wurde, genau wie mit der Formel der actio q. m. c., die Frage, ob Zwang im Sinne des Edikts vorliege oder nicht, sammt allem übrigen Proceßmaterial der Kognition des Richters zugewiesen; der Prätor hatte lediglich die Aufgabe, das materielle Recht, auf Grund dessen die Klage zustand, diesem zu vermitteln.

Die vorstehenden Ausführungen haben, so hoffen wir, den Beweis erbracht, daß der von Czyhlarz behauptete scharfe Gegensatz des prätorischen zum Civilrecht in der That besteht, daß das Edikt den civilrechtlichen Grundsatz, wonach auch ein erzwungenes Rechtsgeschäft, wenn anders die übrigen Voraussetzungen dazu vorliegen, gültig ist, nicht etwa habe anerkennen und nur Mittel an die Hand geben wollen, diese Gültigkeit nachträglich wieder aufzuheben, sondern daß es vielmehr seinerseits den Grundsatz einer unmittelbar mit Abschluß des erzwungenen Rechtsgeschäfts ipso iure praetorio gegebenen Nichtigkeit desselben habe aufstellen wollen. Wäre das nicht die Absicht gewesen, so würde es — und die Gegner der hier vertretenen Ansicht sind sich dessen ja auch wohl bewußt — unerklärlich sein, wie der Prätor bei einem auf die Aufgabe eines Rechts gerichteten erzwungenen Geschäft ohne vorausgehende in integrum restitutio dem Gezwungenen die Klage aus diesem Recht habe ertheilen können mit der Aufforderung an den Richter, den Beklagten auf Grund dieses Rechts zu verurtheilen.

An dieser Sachlage ändert nichts der Umstand, daß der Prätor eine gewisse rein formelle Rücksicht auf das abgedankte Civilrecht nahm, insofern er unter Festhaltung der überkommenen For-

---

im Anschluß an Rudorf (S. 107 Anm. 142). Schliemann und Czyhlarz geben sich nicht einmal die Mühe, eine Formel aufzustellen. Wir stellen die Formel auf res mancipi ab, da nach unserer Auffassung der Ediktsbestimmung die mancipatio selbstverständlich ebensowohl wie die traditio von dem prätorischen Nichtigkeitsgrundsatz ergriffen wurde. Siehe unten S. 21.

mel durch einen fikticiſchen Zuſatz den Richter zur Nachachtung des neu aufgeſtellten Grundſatzes anhielt.

Wir wollen übrigens nicht unterlaſſen, daran zu erinnern, daß die von uns angenommene Nichtigkeit ihrer Ausdehnung nach eine andere iſt als die Czyhlarz'ſche. Nach Czyhlarz ſind, wie oben erwähnt, auf Grund des Oktavianiſchen Edikts nur prätoriſch-rechtliche Geſchäfte, wie beiſpielsweiſe die Tradition einer res mancipi, im Falle des Zwanges nichtig, während wir — wie ſich nach unſerer Auffaſſung des § 4 der l. 9 D. h. t. von ſelbſt verſteht — eine prätoriſch-rechtliche Nichtigkeit auch civilrechtlicher Geſchäfte annehmen.

Was nun die actio q. m. c. betrifft, die ja bisher im Lichte eines Anfechtungsmittels betrachtet wird, ſo ſteht deren wirklicher Charakter, wie er aus den Quellen erſichtlich iſt, der Annahme prätoriſch-rechtlicher Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeſchäfte nicht nur nicht entgegen, ſondern iſt ſogar geeignet, dieſelbe trefflichſt zu illuſtriren. Die Hauptſtelle lautet (l. 9 D. h. t. § 7):

„Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum officio iudicis, ut si per vim tradita res est, retradatur, et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo, ut Julianns scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. sed et si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit."

Hier iſt zunächſt ſoviel klar, daß das „retradatur", mindeſtens im Sinne des Juſtinianiſchen Rechts, auf Rückübertragung des Beſitzes zu deuten iſt. Denn bonitariſches Eigenthum geht, wie wir ſahen, durch erzwungene Tradition gar nicht auf den Zwingenden über, und ein bei res nec mancipi etwa als übergegangen zu denkendes quiritiſches Eigenthum wäre ja nur ein „vacuum et superfluum verbum" ohne rechtliche Realität.

In gleicher Weiſe entſpricht der Nichtigkeitsannahme, was über den Zweck einer actio q. m. c. auf Grund erzwungener Acceptilation geſagt wird. Dieſelbe geht nämlich nicht, wie ganz allgemein angenommen wird, auf die Neukonſtituirung einer unter-

gegangenen Verpflichtung,[1]) sondern lediglich auf Wiederausstattung der bestehengebliebenen Verpflichtung mit der durch die Acceptilation eingebüßten civilrechtlichen Qualität. Dies geht unzweifelhaft hervor aus der bewußt-künstlichen Wendung „in pristinum statum restituitur". Die Obligation besteht trotz erfolgter Acceptilation, nämlich als prätorisch-rechtliche, weiter, aber sie ist aus ihrem früheren — sc. civilrechtlichen — status gewissermaßen vertrieben, und es handelt sich nun darum, sie in diesen früheren status wieder zurückzuversetzen. Das geschieht am einfachsten durch eine Novation, die der bestehenden prätorisch-rechtlichen Obligation ein Ende macht und eine civilrechtliche gleichen Inhalts an ihre Stelle setzt. Hieraus erklären sich vollauf Ausdrücke wie redintegratur obligatio l. 10 D. h. t. und actionem restituere l. 9 § 8 in fine „nisi adversus reum quoque actionem restituat". Daß schließlich bei erzwungener Stipulation auf Acceptilation geklagt wird, können wir nach Analogie der anderen Fälle auch nur so auffassen, daß die civilrechtlich entstandene Obligation civilrechtlich wieder aufgehoben wird; iure praetorio ist gar keine Obligation entstanden, das zeigt die peremtorische exceptio, die dem Gezwungenen zur Verfügung steht.[2])

Es war aber keineswegs, wie man denken könnte, ein bloßes Hängen an Formalitäten, daß man bei erzwungener Acceptilation, nicht zufrieden mit dem prätorisch-rechtlichen Fortbestand der Forderung (actio in personam utilis), auf Novation, bei erzwungener Stipulation, nicht zufrieden mit der peremptorischen Exceptio, auf Acceptilation drang. Der Zweck war vielmehr in beiden Fällen ein sehr realer, nämlich die Erleichterung des Beweises in einem etwaigen künftigen Proceß. War beispielsweise die zwangsweise acceptoferirte Forderung eine erst später fällige, so konnte, wenn der Gezwungene sich bis zum Fälligkeitstermin ruhig verhielt, mittlerweile der Beweis des Zwanges, den er gegenüber der Be-

---

[1]) Schliemann a. a. O. S. 32.

[2]) Die herrschende Meinung faßt allerdings die peremtorische exceptio anders auf. Wir werden weiter unten auf diesen Punkt zurückkommen. Hier verweisen wir nur auf Schloßmann a. a. O. S. 23—27 und Schultze „Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung" 1883.

rufung des Gegners auf die Acceptilation zu erbringen hatte, schwierig oder gar unmöglich geworden sein. Desgleichen, wenn bei erzwungener Stipulation der Gezwungene im Vertrauen auf seine exceptio den Proceßangriff des Zwingenden abwartete. Hatten sie dagegen durch eine unmittelbar nach Abschluß des erzwungenen Rechtsgeschäfts angestellte und in Folge dessen nach Seiten des Beweises weit bequemere actio q. m. c., der eine eine Novation, der andere eine Acceptilation erwirkt, so konnten sie sich, sofern sie nur deren Beweisbarkeit durch Zeugen, Urkunden u. s. w. gesichert hatten, für die Zukunft aller Sorgen entschlagen. Dieß genug über die actio q. m. c., in deren Wesen mithin nichts der prätorischen Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte Widerstreitendes liegt.

An dieser Stelle sei es uns gestattet, einem etwas abseits von unserm Thema liegenden Gedankengange Schloßmanns entgegenzutreten. Letzterer wirft nämlich die Frage auf,[1]) was es denn überhaupt für einen Sinn habe, neben der actio q. m. c. noch jene utiles actiones zu gewähren, da doch mit ihnen nur dasselbe und nicht einmal mit dem gleichen Nachdruck erreicht werde wie mit der actio q. m. c. In Beantwortung dieser Frage ergeht er sich in allerhand vagen Vermuthungen, ohne inne zu werden, daß von seinem Standpunkt aus die Fragstellung selbst als höchst widersinnig erscheinen muß. Denn, die prätorische Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte vorausgesetzt, so sind jene utiles actiones die nächste natürlichste und nothwendigste Folge dieser Nichtigkeit, und man kann logischer Weise höchstens umgekehrt die Frage aufwerfen, warum der Prätor außer diesen utiles actiones noch eine besondere metus-Klage einzuführen für gut befunden habe. Diese Frage aber erledigt sich durch den Hinweis auf die Deliktsnatur des Zwanges, die, dem Geist des römischen Rechts entsprechend, eine Klage von pönalem Charakter unbedingt erheischte. Uebrigens — und diesen Umstand scheint Schloßmann ganz zu vergessen — konkurrirt ja die actio q. m. c. mit jenen utiles actiones nur in dem ersten annus utilis nach Verübung des Zwanges. Nach Ablauf desselben stand dem

[1]) A. a. O. S. 108 ff.

Gezwungenen die actio q. m. c. nur noch in Ermangelung einer anderweiten Klage zu, sodaß in diesem Falle also die actio utilis — wenn nicht zufällig neben ihr noch ein anderes Rechtsmittel zustand[1]) — seine einzige Hülfe war.[2]) Von einer „beispiellosen Luxuriosität in Gewährung von Rechtsmitteln"[3]) kann demnach mit Bezug auf die Konkurrenz der actio q. m. c. und jener utiles actiones nicht die Rede sein.

Noch ein letzter Einwand bleibt zu erledigen, der die behauptete prätorische Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte ernsthaft in Frage stellen könnte: Der Hinweis nämlich auf die in integrum restitutio propter metum. Denn da die in int. restitutio ein Mittel ist, eine erzeugte rechtliche Wirkung rückgängig zu machen, so muß, wenn der Prätor bei erzwungenen Rechtsgeschäften in der That dieses Mittel zur Anwendung brachte, darin ein Beweis gesehen werden, daß das erzwungene Rechtsgeschäft, auch vom prätorischen Standpunkt aus beurtheilt, eine rechtliche Wirkung erzeugt habe. Und umgekehrt: Ist thatsächlich im Edikt die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte ausgesprochen, so versteht man nicht, wie ein prätorisches Specialdekret zur Anwendung kommen kann, um eine Rechtswirkung rückgängig zu machen, die — im Sinne des prätorischen Rechts — gar nicht erzeugt worden ist.

Danach muß es unbegreiflich erscheinen, daß weder Czyhlarz noch Schloßmann an der Existenz einer in integrum restitutio propter metum Anstoß genommen haben. Offenbar hätten sie logischer Weise in dem Maße, als ihre Ueberzeugung von der prätorischen Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte sich festigte, gegen die Annahme des genannten außerordentlichen Rechtsmittels für den Fall des metus mißtrauisch werden müssen.

Wir unserseits haben bisher — insbesondere bei Auslegung der l. 9 § 4 D. h. t. — stillschweigend die in integr. restitutio pr. m. als existent gelten lassen, da wir einmal einer späteren zusammenhängenden Besprechung dieses Punktes nicht vorgreifen

---

[1]) So die hereditatis petitio l. 14 § 2 D. h. t.
[2]) l. 14 § 2 D. h. t.
[3]) Schloßmann a. a. O. S. 109.

wollten, und da ferner jene Stelle genug Anhaltspunkte bot, um der Annahme, als ob dort eine in int. rest. pr. m. in Frage stehe, auch ohne prinzipielle Erörterung über Existenz oder Nichtexistenz einer solchen, entgegenzutreten.

Nunmehr unternehmen wir es, um das Gebäude unserer Beweisführung auch nach dieser Seite hin sicherzustellen, unmittelbar aus den Quellen den Beweis zu führen, daß eine in int. rest. pr. m. mit Unrecht von der herrschenden Doktrin angenommen wird.

Schon oben ist darauf hingedeutet worden, daß in den Quellen der Ausdruck in integrum restituere in doppelter Bedeutung, nämlich in einem weiteren und in einem engeren Sinne gebraucht wird.[1]) Im weiteren Sinne umfaßt er die gesammte prätorische Thätigkeit, soweit sie ihre Spitze gegen die Bestimmungen des Civilrechts richtete, also auch z. B. die Gewährung einer actio, wo nach Civilrecht eine solche nicht begründet war. Im engeren Sinne bezeichnet er das mit Specialdekret abschließende rein prätorische Verfahren, dessen besondere Eigenthümlichkeit die kurze Verjährungsfrist ist. Nur um das letztere kann es sich bei gegenwärtiger Untersuchung handeln.

Sehen wir uns nun die Hauptstellen an, in denen von einer in int. rest. propt. m. die Rede ist. Zunächst wiederum l. 9 D. h. t. § 3: „et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro, posse eum a praetore *in integrum restitutionem* postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem, ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.“ Der Zusammenhang ist folgender. Ulpian wirft die Frage auf, wie der Prätor sein ratum non habebo denn nun verwirkliche. Seine Antwort lautet: Durch actio und

[1]) Schloßmann S. 94.

exceptio metus. Zwar habe Pomponius die Meinung aufgestellt, die a. q. m. c. finde bei negotiis imperfectis keine Anwendung; allein der Kaiser selbst habe auf eine diesen Punkt betreffende Anfrage einer Partei den Bescheid ertheilt, allerdings könne dieselbe *in integrum rest.* von dem Prätor fordern, und der Prätor habe daraufhin der Partei erklärt, je nachdem sie wolle, stehe ihr auch die *actio* q. m. c. zur Verfügung.

Hier erscheint also als Inhalt des Begriffes in integr. rest. propter metum die actio quod metus causa. Dabei machen wir auf den offiziellen Charakter der prätorischen Interlokution aufmerksam, durch welchen die Bedeutung der Stelle wesentlich gehoben wird.

Im § 7 ferner derselben lex sagt Ulpian: „ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio indicis,[1]) und nun folgen, wie unbestritten, wiederum lediglich Anwendungsfälle der actio quod metus causa. Danach halten wir es für wissenschaftlich geboten, auch an allen den Stellen, wo im allgemeinen von einer auf Grund des metus durch den Prätor zu vollziehenden Restitution die Rede ist, falls nicht die praetoria cognitio oder der annus utilis direkt dabei erwähnt wird, diese Restitution gleichfalls nicht auf eigentliche in integrum restitutio sondern in erster Linie auf die Ertheilung der actio und exceptio metus, des weiteren aber auch auf die anderen daneben bestehenden Mittel zu deuten, durch welche der Prätor gegen Wirkungen erzwungener Rechtsgeschäfte sicher stellte.

Hierdurch erledigt sich namentlich auch der Hinweis auf l. 21 § 5 D. h. t., zu dem wir indeß, da von den Vertretern einer in integr. restitutio propter metum gar so großes Gewicht auf ihn gelegt wird, noch einige Bemerkungen machen wollen. Die Stelle lautet: „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coac-

---

[1]) Die Bedeutung der Stelle wird auch nicht geringer, wenn man mit Keller das i. e. in int. als interpolirt streicht, was uns übrigens willkürlich erscheint.

tus volui[1]): *sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*“

Zunächst ist so viel ersichtlich, daß der Wortlaut auch dieser Stelle nichts enthält, was uns zwänge, das restituendus sum auf in integrum restitutio im engeren Sinne zu deuten. Fehlt doch hier sogar das „in integrum“, welches an den eben besprochenen Stellen beim ersten Anblick stutzig machen konnte.

Was aber positiv mit dem restituendus sum gemeint sei, scheint uns die unmittelbar folgende Beziehung auf das beneficium abstinendi des suus heres zur Genüge klarzustellen. „Der Prätor hat den gezwungen Antretenden gegen die civilrechtlichen Folgen des Antritts sicherzustellen, damit ihm die Möglichkeit der Abstention gegeben sei.“ Ebenso heißt es von den sui § 2 Inst. II. 19: „sed praetor his permittit volentibus abstinere se ab hereditate“ und l. 57 D. 29, 2: „abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit.“ Worin besteht nun bei dem suus, der durch den Tod seines Gewalthabers ebenso „heres“ sine dubio — sc. iure civili — wird wie der gezwungen Antretende durch seinen Antritt, das tribuere potestatem abstinendi? Die eben citirte Digestenstelle gibt die Antwort: „quamvis creditoribus hereditariis *iure civili* teneatur, tamen in eum actio non datur“. Die Verweigerung der Schuldklagen wird also auch an unserer Stelle als Sinn des abstinendi potestatem tribuere — das seinerseits nichts weiter ist, als eine Specifikation des allgemeinen Ausdrucks restituere[2]) — angesehen werden müssen. Dadurch aber, um die in der Quelle gegebene Parallele vollends durchzuführen, stellt sich der gezwungen Antretende ganz ebenso wie der suus nur als „nudo nomine heres“ — vgl. l. 2 § 8 D. 38, 17 — als Nominalerbe dar, während ihm die wirkliche

---

[1]) Ueber die Bedeutung dieser Wendung siehe unten S. 34.

[2]) Daß in dem restituendus sum nichts besonderes — höchstens ein Seitenblick auf die actio q. m. c. — gesehen werden darf, erhellt aus der zweiten über den erzwungenen Erbschaftsantritt handelnden Stelle l. 85 D. 29, 2: „si metus causa adeat aliquis hereditatem, fiet ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas.“ Fiet ut detur ist doch wohl gleichbedeutend mit datur und dieß wieder mit dem facit postetatem der eben angezogenen Stelle.

Erbenqualität abgeht. Wie also der Tod des Erblassers auf Grund der Bestimmung des prätorischen Edikts gegenüber dem suus diejenige rechtliche Wirkung nicht mehr hatte, welche ihm nach Civilrecht zukam, so auch nicht der erzwungene Erbschaftsantritt gegenüber dem gezwungen Antretenden.

Eine bessere Bestätigung unserer Nichtigkeitstheorie als diese vergleichsweise Heranziehung des beneficium abstinendi war kaum zu wünschen, und es muß geradezu unverständlich erscheinen, wie Burchardi,[1]) dessen Beweisführung allerseits gebilligt zu werden scheint, eben in dieser Heranziehung einen Grund mehr sehen konnte, das restituendus sum unserer Stelle als wahre in integrum restitutio, mithin den erzwungenen Erbschaftsantritt als einen Fall der Anfechtbarkeit aufzufassen.

Freilich liegt beim erzwungenen Erbschaftsantritt die Sache nicht immer ganz so einfach wie bei dem Erbewerden des suus. Der letztere hatte dem Prätor nur Mittheilung darüber zugehen zu lassen, daß er nicht Erbe sein wolle; dann war das actiones denegare sofort allen Erbschaftsgläubigern gegenüber selbstverständlich. Gleich einfach liegt beim erzwungenen Erbschaftsantritt die Sache nur, falls der verübte Zwang von vornherein liquide ist. Bedarf dagegen die Frage, ob Zwang verübt ist oder nicht, einer Prüfung, so tritt als Mittel der prätorischen Restitution wiederum die exceptio metus in ihr Recht, insofern der Prätor den Erbschaftsgläubigern die Formel der Schuldklage nur mit dem Zusatze ertheilte „falls der Antritt nicht metus causa erfolgt ist".

Die Anwendbarbeit der exceptio metus in diesem Falle zu bestreiten, war Schloßmann[2]) vorbehalten, dessen Gründe übrigens durchaus unstichhaltig sind. Denn wenn er zum ersten darauf hinweist, daß der Anspruch des Gläubigers schon vor dem Zwange bestanden habe, so ist das einfach falsch, insofern derselbe als ein gegen den Gezwungenen gerichteter — und hierauf kommt es allein an — erst durch die erzwungene Handlung zur Entstehung kam. Und wenn er zum zweiten behauptet, die Voraus-

---

[1]) S. 367.

[2]) A. a. O. S. 98.

setzung der exceptio metus fehle in diesem Fall, weil an den Gläubiger „nihil pervenerit", so ist auch das falsch, da einerseits in den Quellen die genannte Voraussetzung nur für die *actio* q. m. c. gefordert wird,[1]) anderseits ihre Ausdehnung auf die exceptio metus geradezu widersinnig sein würde.

Auch für die *actio* q. m. c. gibt es beim erzwungenen Erbschaftsantritt eine Stelle. Man denke nur an den Fall einer pro herede gestio, die darin bestand, daß der Delat, von einem Erbschaftsgläubiger gezwungen, dessen Forderung an die Erbschaft erfüllte. Nichts ist selbstverständlicher, als daß er in diesem Falle die Rückgabe des Geleisteten mit actio q. m. c. ansprechen konnte, durch welche Rückgabe er dann gegenüber dem durch die erzwungene Leistung hervorgerufenen Schein eines immiscuisse hereditati in den reinen Stand des abstinere posse zurücktrat. Möglicher Weise hat Paulus mit seinem restituendus sum sogar vorzugsweise diesen speciellen Fall, der ja wohl als der nächstliegende und gewöhnlichste angesehen werden darf, im Auge gehabt.

Aber auch wenn der erzwungene Antritt nicht in einer derartigen pro herede gestio, sondern in einer einfachen Antrittserklärung besteht, ist eine actio q. m. c. in dem Sinne denkbar, daß mit ihr gegen den Zwingenden auf civilrechtliche Liberirung von den civilrechtlich entstandenen Verpflichtungen geklagt wurde, ebenso wie bei einer erzwungenen Stipulation, obwohl durch sie prätorisch-rechtlich eine Obligation gar nicht zur Entstehung kommt, auf Acceptilation geklagt werden konnte. Ueber die praktische Bedeutung eines solchen altcivilrechtlichen Aufhebungsmodus vergleiche oben S. 22 ff.

Was will dem gegenüber die aller Methode spottende Argumentation Schloßmanns bedeuten, die in den Worten enthalten ist: „Einer actio quod m. c. gegen die civilrechtlichen Folgen des Antritts geschieht nirgends Erwähnung; hieraus darf gefolgert werden, daß sie hier auch keine Anwendung gefunden habe." Als ob nicht vielmehr, wenn die actio q. m. c. im Fall des erzwungenen Antritts nicht zur Anwendung gekommen wäre, eine ausdrückliche Erwähnung dieses Umstandes in den Quellen erwartet

[1]) Vgl. l. 16 D. h. t.

werden müßte! Die weitere Ausführung Schloßmanns, die darin gipfelt, daß er die actio und exceptio m. bei erzwungenem Erbschaftsantritt als unzulängliche Rechtsmittel hinstellt und hieraus dann die Nothwendigkeit und also die Existenz einer wahren in integrum restitutio für diesen Fall ableitet, ist — ganz abgesehen von ihrer methodologischen Bedenklichkeit — derartig vage und unbestimmt, daß ein näheres Eingehen auf sie im Text wohl umgangen werden darf.[1]) Noch leichter ist es zu zeigen, daß in § 6 derselben Paulusstelle, wo es sich um eine erzwungene repudiatio hereditatis handelt, von einer in integr. restitutio nicht die Rede ist. Die Stelle lautet: „Si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat."

Hier werden als Rechtsmittel des Gezwungenen — mit der Absicht, erschöpfend zu sein — einzig genannt die actio q. m. c. und *actiones utiles*, die dem Gezwungenen *quasi heredi* zu geben seien. Daß diese utiles actiones von Windscheid und anderen, die den prätorischen Nichtigkeitsgrundsatz nicht erkannt haben, als durch in integr. restitutio vermittelte gedeutet werden, kann nicht wundernehmen. An eine Manie der Inkonsequenz aber möchte man glauben angesichts der Thatsache, daß auch Schloßmann, derselbe Schloßmann, der die l. 9 § 5 D. h. t. genannten actiones in rem und in personam als nicht durch in int. restitutio vermittelte weitläufig nachweist, hier nun auf einmal eine Vermittelung durch in int. restitutio ohne den Schatten eines Beweisgrundes für selbstverständlich hält.[2])

Es bedarf kaum einer Hervorhebung, daß wir kein Bedürfniß fühlen, uns an dieser Inkonsequenz zu betheiligen, und daß

---

[1]) So erklärt er insbesondere die in integrum institutio für erforderlich, um gegen „nicht-ökonomische" Nachtheile des Antritts sicherzustellen. Als solche nennt er beispielsweise offensae et invidia, die den Antretenden treffen könnten. Um aber denen zu entgehen, genügt doch vollauf die Abstention.

[2]) Er begnügt sich mit der lakonischen Wendung „zumal da Paulus in l. 21 § 6 die elektive Konkurrenz derselben (a. q. m. c.) mit in integrum restitutio ausdrücklich hervorhebt." (S. 99.)

für uns daher diese utiles actiones des Paulus genau dasselbe sind wie die utiles actiones des Ulpian (l. 9.) d. h. fictitische Klagen ohne vorausgehende in int. restitutio, als welche man sie übrigens bei dem Mangel jeglicher Andeutung einer praetoria cognitio oder des annus utilis schon ohnehin auffassen müßte.

Zu diesen beiden, allgemein als Hauptbelege für die in integrum restitutio propter metum geltenden, Stellen kommen nun noch die in ihrer Unbestimmtheit völlig werthlosen Erwähnungen einer solchen in l. 1 D. 4, 1 und Paul. sent. I 7 § 2. Selbstverständlich sind beide auf in int. rest. im weiteren Sinne zu beziehen, was speciell bei l. 1 D. 4, 1 um so näher liegt, als hier gleichzeitig eine in int. rest. propter capitis deminutionem genannt wird, die gegenwärtig wohl von keiner Seite mehr als in int. rest. im engeren Sinne aufgefaßt wird.[1])

Dem gegenüber sind wir, die wir die Annahme einer in integrum restitutio propter metum abweisen — wozu uns allein schon die Hinfälligkeit der gegnerischen Beweise berechtigen würde — in der glücklichen Lage, zum Ueberfluß auf einen u. E. höchst entscheidenden Umstand hinweisen zu können, den nämlich, daß weder in dem Digesten- noch in dem Kodextitel „quibus ex causis *majores* in integrum restituantur" des metus als einer Ursache der Wiedereinsetzung irgend Erwähnung geschieht. Es war nun, wie aus l. 7 C. 2, 52 ganz unbestreitbar hervorgeht,[2]) außer der minorum restitutio lediglich die in diesen Titeln behandelte, technisch sogenannte in integrum restit. *majorum*, bezüglich deren Justinian als Verjährungsfrist das quadriennium einführte. Daraus folgt, daß auch nur diese eine eigentliche in int. rest., eine in int. rest. im engeren Sinne ist. Wenn nun der metus in diesen Titeln überhaupt

[1]) Vgl. oben S. 17 ff. und Windscheid (4. Aufl.) I, S. 335 Anm. 2. Ueber Paul. sent. I 7 § 2 siehe oben S. 14 Anm. 1 und den Text dazu Zum Beweise ist die Stelle schon ihrer Korruptheit wegen untauglich. Siehe noch einige andere werthlose Stellen bei Burchardi a. a. O. S. 371 ff.

[2]) Justinian bezeichnet in dieser Konstitution ausdrücklich die Grenzen der in int. rest. majorum mit den Worten: „tempus, in quo rei publicae causa afuerint vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint *occupati*." Darin ist der metus nicht inbegriffen.

nicht erwähnt, sondern vielmehr in besonderem Titel unter besonderer Ueberschrift behandelt wird, so folgt daraus mit zwingender Nothwendigkeit, daß er in dem Gebiet der eigenlichen in int. restitutio überhaupt keine Stelle hatte.

Damit glauben wir den letzten Einwand gegen die Theorie der prätorischen Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte beseitigt zu haben. Die wenigen bisher nicht besprochenen und von den Gegnern der Nichtigkeit angezogenen Stellen sind der Art, daß eine besondere Erörterung mit Rücksicht auf die bereits gegebenen Gesichtspunkte nicht erforderlich scheint.[1]) Es genügt, im allgemeinen darauf hinzuweisen, daß, wo von Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte die Rede ist, die altcivilrechtliche Gültigkeit damit bezeichnet wird, der die prätorische Nichtigkeit in schroffem und unvereinbarem Widerspruch gegenübersteht.[2])

Für die letztere wären übrigens noch zahlreiche weitere Belege beizubringen. Ueberzeugt indeß, daß es solcher nicht mehr bedürfe, glauben wir uns an dieser Stelle mit einem Hinweis auf Schliemann[3]) und Czyhlarz begnügen zu sollen.[4])

Nur eine Stelle soll hier im Text ihren Platz finden, weil aus ihr zugleich erhellt, von welchem Gedanken das prätorische Recht ausging, als es sich zu dem alten Civilrecht in einen so schneidenden Gegensatz setzte.

Es ist frgm. Dosith. § 7 (Huschke p. 328):

„In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur. Lex enim Junia Norbana eos fieri Latinos iubet quos dominus liberos esse voluit. hoc vero cum ita sit, debet,

---

[1]) l. 21 § 4 D. h. t.; pr. et § 1 Inst. 4, 13; l. 9 § 2 D. h. t. Ferner die von Schulin a. a. O. S. 43 angezogene c. 2 C. Th. 8, 15, wo mit dominium das quiritische Eigenthum gemeint ist.

[2]) Vereinzelt bestand Nichtigkeit schon nach Civilrecht z. B. bei der dotis promissio l. 21 § 3 D. h. t. Vgl. hierzu die seltsame und gänzlich unhaltbare Auslegung von Schloßmann S. 31 ff. Ebenso unhaltbar ist die Ansicht Schulins (S. 35), daß an dieser Stelle die prätorische Rescissibilität bezeichnet werde. Vgl. auch Czyhlarz S. 21 ff.

[3]) A. a. O. S. 60 ff.

[4]) Von ganz besonderem Gewicht ist eine der consult. vet. Icti (I 3—8 Huschke) entnommene Stelle; vgl. darüber Schliemann S. 77.

propositum manumittendi habere dominus . unde si per vim coactus, verbi gratia ab aliquo populo vel a singulis hominibus, manumiserit, non veniet servus ad libertatem, quia non intellegitur voluisse, qui coactus manumisit."

Die Stelle bezieht sich auf die prätorische Manumissionsart inter amicos, die im Falle des Zwanges als nichtig bezeichnet wird.[1]) Als Grund für diese Nichtigkeit wird — zugleich aus dem Sinne der lex Junia Norbana, die bereits der Zeit des veränderten Rechtsbewußtseins angehört — angeführt, daß im Falle des Zwanges der dominus als die Freiheit des Sklaven nicht wollend angesehen werde: quia non intellegitur voluisse. Darin liegt augenscheinlich eine Art gesetzlicher Fiktion, die jeden Zweifel über den Willensinhalt des Manumittirenden abschneiden soll. Es wird zugegeben werden müssen, daß eine solche gesetzliche Fiktion der Natur der Sache vollkommen entspricht. Wenn ich unter dem Einfluß des Zwanges die Erklärung abgebe „Stichus soll frei sein", so will ich zwar zweifellos diese Erklärung abgeben, aber ich werde im Zweifel den dieser Erklärung entsprechenden Erfolg (quos dominus liberos *esse* voluit) nicht wollen. Dieß eben war der Punkt, wo das prätorische Recht einsetzte. Das alte Civilrecht verlangte zur Gültigkeit als psychisches Moment lediglich den Erklärungswillen. Das prätorische Recht stellte daneben als Erforderniß auch das Vorhandensein des Erfolgs- oder „Wirkungswillens" auf. Und da im Falle des Zwanges dieser Wirkungswille im Zweifel nicht vorhanden ist, so schlug es durch

---

[1]) Dabei darf es nicht auffallen, das zu Eingang der Stelle die manumissio inter amicos augenscheinlich im Gegensatz zu den civilrechtlichen Manumissionsformen gedacht ist. Dieser Gegensatz soll nur besagen, daß bei den prätorischen Manumissionsarten, ebenso wie bei der Bestimmung der lex Junia Norbana, von vornherein die Abwesenheit des Zwanges als Gültigkeitserforderniß aufgestellt wurde, während die manumissiones testamento, censu etc. als civilrechtliche Institute zunächst dieses Erfordernisses entbehrten und erst durch das Edikt über den metus in den Nichtigkeitsgrundsatz hereingezogen wurden. Auch hier also ist die zwischen den Zeilen zu lesende Gültigkeit erzwungener Manumissionen des alten Civilrechts nur als civilrechtliche Gültigkeit aufzufassen.

mit einer gesetzlichen Fiktion,[1]) um nicht ein unbeweisbares zum Beweisgegenstand werden zu lassen.

Ist aber die Annahme eines so gearteten Fortschritts des römischen Rechts begründet, so haben wir zugleich damit die beste Erklärung gewonnen für die bekannte — und als Eckstein der Anfechtbarkeitstheorie geltende — Wendung des Paulus „coactus volui“ (l. 21 § 5 D. h. t.), insofern dieselbe, entsprechend dem civilrechtlichen Standpunkt, von dem aus die ganze Stelle geschrieben ist, einfach auf das Vorhandensein des Erklärungswillens bezogen werden kann.

Wir haben bisher, dem Haupttheil der Quellen folgend, unsern Standpunkt bei der Erörterung der vorliegenden Frage innerhalb der Zeit des Formularprocesses genommen; es erübrigt daher festzustellen, wie diese Frage vom Standpunkt des Justinianischen und heutigen gemeinen Rechts zu beantworten sei. Zwar wir selbst würden eine solche Feststellung kaum noch für erforderlich halten. Nachdem sich herausgestellt hat, daß die altcivilrechtliche Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte schon zur Zeit des Formularprocesses nur noch eine rein nominelle, durch den prätorischen Nichtigkeitsgrundsatz thatsächlich verdrängte ist, können wir darüber, daß nach Justinianischem und vollends nach heutigem gemeinen Recht nur der letztere gelte, keinen Augenblick im Zweifel sein. Dennoch behauptet seltsamer Weise Czyhlarz, obwohl gerade er es ist, der zuerst in dem Oktavianischen Edikt den Nichtigkeitsgrundsatz proklamirt fand, „daß für die Justinianische Kompilation der civile Grundsatz der Gültigkeit als Regel hingestellt werden müsse, und daß die auf vis und metus beruhende Mangelhaftigkeit des Willens lediglich die Anfechtbarkeit des Geschäftes nach sich ziehe“.[2]) Hierin scheint uns ein erstaun-

---

[1]) Mit diesem Nachweis einer gesetzlichen Fiktion des prätorischen Rechts entgehen wir allen denjenigen Angriffen, die auf Grund der Unbeweisbarkeit des „auf den Inhalt“ gerichteten Willens gegen Schliemanns allgemeine Deduktionen gerichtet werden vgl. Schliemann S. 95 ff. Schloßmann S. 132.

[2]) A. a. O. S. 51. Er fügt hinzu: „ein Beweis dieses Satzes, der die herrschende Meinung ist, ist überflüssig.“ Dabei vergißt er, daß die

licher innerer Widerspruch zu liegen. Worauf nämlich will Czyhlarz die Anfechtung erzwungener Rechtsgeschäfte begründen, wenn derjenige Satz, auf welchen sie bisher begründet wurde, nicht Anfechtbarkeit sondern Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts ausspricht?! Von zwei Dingen das eine: Entweder er halte den civilrechtlichen Grundsatz für das Justinianische Recht fest — dann aber ist er konsequenter Weise gezwungen, den widersprechenden prätorischen durch ihn für überwunden anzusehen und eine definitive Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte anzunehmen. Oder er räume dem prätorischen Geltung ein — dann aber muß er unter Hinausweisung des civilrechtlichen Grundsatzes aus dem Gebiet des aktuellen Rechts mit uns schlechthin Nichtigkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte behaupten. Für ein drittes, für eine Anfechtbarkeit, bleibt nach seiner eigenen Auffassung der Ediktsbestimmung schlechterdings kein Raum übrig!

Der Grund für eine so auffällige Inkonsequenz dürfte in der ziemlich allgemeinen Verkennung der Stellung des prätorischen Rechts zum alten Civilrecht zu finden sein. Man neigt dazu, in denjenigen Fällen, wo ein Widerspruch zwischen den Satzungen des civilen und prätorischen Rechts gegeben ist, als eigentliches, als wahres, als Voll-recht nur das erstere gelten zu lassen, während man dem letzteren nur die untergeordnete Funktion zuschreibt, die von diesem κατ' ἐξοχήν-Recht erzeugten Wirkungen zu „hemmen" bezw. „wiederaufzuheben". Für diese Auffassung bezieht man sich insbesondere auf die zahlreichen Stellen des Justinianischen Gesetzbuchs, in denen das „ipso iure" sc. civili dem „ope exceptionis" mit einer gewissen autoritären Wucht gegenübergestellt wird. Da nun auch in dem Falle des metus causa abgeschlossenen Rechtsgeschäfts eine ipso iure-Gültigkeit in den Quellen hervortritt und anderseits in der exceptio metus ein klassisches Beispiel solcher „Hemmung" vorzuliegen scheint, so ist es erklärlich, daß Czyhlarz, als ein in der herrschenden Auffassung befangener, trotzdem die Logik ihm hier einen Bruch mit dieser

herrschende Meinung — im Gegensatz zu ihm — im Edikt eine Anerkennung der Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte sieht, die ebendeßwegen einer Rescission bedürfen, um nichtig zu werden.

Auffassung hätte gebieten müssen, es dennoch vorzieht, im Widerspruch mit sich selbst zu der Annahme der Anfechtbarkeit erzwungener Rechtsgeschäfte zurückzuschwanken.

Was aber ist jenes ipsum ius in Wahrheit? Wir zögern keinen Augenblick, mit Schultze [1]) zu erklären: Es ist nichts als eine überwundene historische Kategorie!

In der That, wie kann man eine Norm noch als geltendes Recht ansehen, wenn ihr der Staat als rechtsverwirklichende Macht nicht mehr zur Seite steht? Wenn der Vertreter der Gerichtshoheit mit Berufung auf diese Norm nachgesuchte Formeln versagt oder sie nur bedingt giebt, d. h. mit der Weisung an den Richter, nur dann auf Grund ihrer zu verurtheilen, wenn sich die widerstreitende prätorische Bestimmung als nicht verletzt erweise? Wenn er nach dem Inhalt dieser Norm erloschene Rechte gleichwohl kraft einer von ihm aufgestellten Satzung im Wege der Formelertheilung zur Verwirklichung bringt? Eine solche Norm ist augenscheinlich kein Recht, welches gilt, sondern im besten Falle ein solches, welches gegolten hat, kein gegenwärtiges, sondern ein vergangenes, im prägnanten Sinne nicht Recht, sondern „Nichtrecht". [2]) An ihre Stelle ist mit derogirender Kraft die widersprechende prätorische Bestimmung getreten. Diese auch von Schloßmann [3]) vertretene Auffassung könnte u. E. nur dadurch in Frage gestellt werden, daß man als dasjenige, was das Recht zum Recht macht, etwas anderes erweist, als den Verwirklichungswillen des Staats. Bis das gelungen ist, wird man sich der Konsequenz nicht entziehen können, daß dem ipsum ius sc. civile überall da, wo das prätorische Edikt ihm widersprechende Normen aufgestellt hat — und auf den Fall des erzwungenen Rechtsgeschäfts trifft das zu — schon für die Zeit des Formularprocesses, und erst recht für die Justinianische und gegenwärtige Zeit, jegliche Geltung abgeht. Denn in allen diesen Fällen hat sich der staatliche

[1]) Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselbeziehung, erster Theil. Freiburg u. Tübingen 1883, S. 375 ff.

[2]) A. a. O. S. 387.

[3]) A. a. O. S. 28.

Verwirklichungswille aus ihm heraus und in die betreffende prätorische Norm zurückgezogen.[1])

Daß neben diesem neuen materiellen[2]) Recht das alte und veraltete in dem Bewußtsein der Römer einen gewissen Bestand behauptete, hat seine sehr natürlichen Gründe. Einmal ist ein großer Theil des alten Civilrechts von der prätorischen Rechtsschöpfung gänzlich unberührt geblieben, sodaß es bei der Art, wie das ius civile als einheitlicher Begriff gedacht wurde, nicht wundernehmen kann, wenn auch der antiquirte Theil desselben von der Vorstellung des Nochgeltens in gewissem Grade mitergriffen wurde.

Dann aber, und dies ist die Hauptsache, knüpfte das neue Recht in der Art seiner Verwirklichung vielfach an das alte an und erhielt diesem dadurch in einer Zeit, wo es materiell zu gelten längst aufgehört hatte, eine äußerlich stark hervortretende processuale Bedeutsamkeit. Bei Anwendung der exceptio blieb der Wortbestand der civilrechtlichen Formel völlig intakt, und da eben die Formel es ist, in der sich die Aktualität einer Norm am deutlichsten offenbart, so ist es wenigstens erklärlich, daß einer civilrechtlichen Vorschrift, auch nachdem sie durch Einführung einer solchen exceptio thatsächlich aufgehoben war, noch immer eine gewisse materielle Geltung zugeschrieben wurde. Auf diese Weise also hat sich, dank einer ganz eigenthümlichen historischen Entwicklung der römischen Jurisprudenz, jene höchst mystische Vorstellung von einem Gelten, welches kein Gelten ist, von einem Recht, welches nicht rechtens ist, herausgebildet und Jahrhunderte hindurch erhalten. Das kann aber offenbar uns, die wir jener historischen Entwicklung durchaus fernstehen, nicht veranlassen, uns eine Vorstellung anzueignen, deren logische Unmöglichkeit auf der flachen Hand liegt.

---

[1]) Vgl. Schultze a. a. O. über das pactum de non petendo S. 379 Anmerk. 2.

[2]) Denn die ursprüngliche Variabilität des Edikts und seine ursprünglich prinzipiell auf die Dauer der Amtsführung des Magistrats beschränkte Geltung kann doch seine Qualität als materielles Recht nicht in Frage stellen! Uebrigens würde dieser Einwand, wenn er erhoben werden sollte, schon für die Zeit nach Hadrian wegfallen.

So kann denn auch von dieser Seite her die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte in keiner Weise beanstandet werden, und Czyhlarz hätte sonach dreist und ohne Rücksicht auf die Reverenz, die noch jetzt irrthümlicher Weise dem ipsum ius (civile) entgegengebracht wird, in Konsequenz seiner Theorie auch für das Justinianische und heutige gemeine Recht den Nichtigkeitsgrundsatz als den allein gültigen hinstellen können.[1])

Nachdem, wie wir glauben, die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte an der Hand der Quellen außer Zweifel gestellt ist, erübrigt es, die Frage zu beantworten, welcher Art denn nun diese Nichtigkeit sei, ob eine relative oder eine absolute. Wir berühren damit eine höchst streitige Materie, bezüglich deren auch seit jenem Aufsatz von Brandis in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß unter den Gelehrten eine Einigkeit noch nicht hergestellt ist.[2]) Es würde zu weit führen, wollten wir hier diese ganze Frage ab ovo neuerdings erörtern; wir begnügen uns vielmehr mit wenigen unsern Standpunkt in dieser Frage charakterisirenden Bemerkungen.

Die traditionelle Definition der relativen Nichtigkeit bezeichnet sie als eine solche, auf welche sich nur bestimmte Personen berufen dürfen, nicht jede an ihr interessirte Person. Danach würde also die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte dann relativ sein, wenn sich nur der Gezwungene bezw. seine Erben auf sie berufen könnten. An diesem Begriff der relativen Nichtigkeit scheint man ziemlich allgemein noch jetzt festzuhalten, wenn auch der Name einigermaßen in Verruf gekommen ist. Statt dessen begegnet man neuerdings meist der Bezeichnung als „schwebende", „bedingte" oder „unentschiedene" Nichtigkeit,[3]) womit sich die Vorstellung zu verbinden scheint, als ob in den fraglichen Fällen zunächst, d. h. unmittelbar nach Abschluß des Rechtsgeschäfts, weder Nichtigkeit

---

[1]) Hierbei sei noch darauf hingewiesen, daß seit Abschaffung des Formularprocesses auch jene processuale Bedeutung des alten Civilrechts verschwunden ist, sodaß, was früher actio utilis war, jetzt einfach Klage ist wie jede andere Klage.

[2]) Brandis in der Zeitschrift für Civ. u. Pr. VII, 1834.

[3]) Vgl. Windscheid § 82 (Bd. I, S. 219, 4. Auflage) und Unger, österreich. Privatrecht S. 149 u. 150.

noch Gültigkeit vorliege, sondern ein je ne sais quoi, welchem erst durch den nachfolgenden Willensakt einer betheiligten Partei der Stempel, je nachdem der Nichtigkeit oder der Gültigkeit, aufgedrückt werde.[1]) Daraus würde denn allerdings folgen, daß vor diesem Willensakt eine dritte Person sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts nicht berufen könne.

Allein diese ganze Vorstellungsweise scheint uns logisch höchst fragwürdig. Die Ausdrücke „nichtig" und „gültig", von Rechtsgeschäften gebraucht, bezeichnen weiter nichts, als daß das positive Recht die staatliche Verwirklichungsgarantie entweder an die Hand giebt oder nicht an die Hand giebt. Danach kann immer nur entweder Gültigkeit oder Nichtigkeit vorliegen; tertium non datur. Ein rechtsgeschäftlicher Thatbestand, bezüglich dessen es das Recht von dem nachfolgenden Eintritt eines gewissen Umstandes abhängig macht, ob die staatliche Verwirklichungsgarantie gegeben sein soll oder nicht, ist augenscheinlich zunächst ein nicht mit staatlicher Verwirklichungsgarantie ausgestatteter, also ein nichtiger. Ob er nachher — durch Eintritt des betreffenden Umstandes — gültig, d. h. mit staatlicher Verwirklichungsgarantie ausgestattet, wird oder nicht, und ob, wenn er gültig wird, diese Gültigkeit rückbezogen wird auf den Moment seines Zustandekommens — all das ändert nichts an der Thatsache, daß er vor dem Eintritt jenes Umstandes nichtig, d. h. daß er juristisch überhaupt nicht vorhanden ist.

Es liegt also in solchen Fällen durchaus keine schwebende, bedingte, unentschiedene Nichtigkeit vor — sodaß nur die Person, von deren Willensakt die Umwandlung dieser Pseudo-Nichtigkeit in eine wirkliche abhängt, sie geltend machen könnte — sondern eine ganz feststehende, entschiedene, unbedingte Nichtigkeit, über

---

[1]) Windscheid I § 82, 2: „Ein fernerer Gegensatz in der Ungültigkeit ist, daß sie entweder entschieden oder unentschieden ist. Entweder versagt das Recht von vornherein dem Rechtsgeschäft seine Anerkennung, oder das Recht läßt es einstweilen dahingestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines zukünftigen ungewissen Umstandes abhängig. Dieser Umstand kann namentlich auch die Willenserklärung einer der beim Rechtsgeschäft betheiligten Personen sein. Vgl. dazu auch Anm. 8.

deren Dauer nur einstweilen nichts bestimmtes gesagt werden, die vielmehr eventuell „geheilt", d. h. in Gültigkeit verwandelt werden kann.[1]) Es ist nicht abzusehen, warum nicht jeder Beliebige sich auf diese Nichtigkeit, die doch nichts weiter ist als eine negative Thatsache, ebensogut wie auf andere Thatsachen soll berufen können.

Für die Nichtigkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte folgt jedenfalls aus dem Vorstehenden, daß, ob sie nun heilbar ist oder nicht, eine Relativität in dem oben angegebenen Sinne von ihr nicht ausgesagt werden kann.

Nun hat Schliemann,[2]) der ja ebenso wie wir, wenn auch mit Verzicht auf eine Begründung seiner Ansicht aus den Quellen, die Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte vertritt, die letzteren — soweit sie zweiseitige Verträge sind — in die Nachbarschaft des negotium claudicans rücken und eben die von Wächter sogenannte „heilbare" Nichtigkeit für sie in Anspruch nehmen zu müssen geglaubt. Er meint nämlich, der Gezwungene müsse das an sich nichtige Geschäft durch eine Art nachträglicher Ratihabition gültig machen können und — was die nothwendige Ergänzung dazu ist — der Zwingende müsse bis zur erfolgten Erklärung seitens des Gezwungenen an das Geschäft gebunden sein.

Dieser dogmatischen Konstruktion können wir nicht beitreten Einerseits lehnt die allgemeine Regel, die in den Quellen klar genug ausgesprochen ist, die nachträgliche Heilung eines nichtig abgeschlossenen Geschäfts entschieden ab. Anderseits werden die wenigen Fälle einer „Bestätigung" nichtiger Rechtsgeschäfte, welche die Quellen aufweisen, unseres Erachtens mit vollem Recht

---

[1]) Daher bezeichnet Wächter die Fälle, die in der Regel als Fälle „relativer Nichtigkeit" aufgefaßt werden, als Fälle „heilbarer Nichtigkeit". Diese heilbare Nichtigkeit ist ersichtlich das Gegenstück zur Anfechtbarkeit, insofern die letztere eine Gültigkeit ist, die eventuell in Ungültigkeit verwandelt werden kann. Wächter: Würtemb. Privatrecht II S. 667 dazu Anm. 43. Auch in dem von Windscheid § 82 Anm. 8 angezogenen Fall des katholischen Eherechts liegt eine Nichtigkeit der Ehe vor, die aber durch nachfolgenden Konsens des einen Ehegatten in eine rückwirkende Gültigkeit verwandelt wird. Vgl. Brandis a. a. O. S. 203.

[2]) A. a. O. S. 137 ff.

von der herrschenden Theorie juristisch als Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts angesehen.[1])

Wer das erzwungene Rechtsgeschäft nur für anfechtbar hält, wird die rechtliche Möglichkeit einer Konfirmation desselben durch Verzicht auf die Anfechtungsmittel nicht einmal abweisen können. Wir dagegen als Vertreter der Nichtigkeit können und müssen dabei verharren, daß das erzwungene Rechtsgeschäft nicht heilbar sei und daß also der mit ihm beabsichtigte Effekt nur durch ein neues unter Beobachtung aller gesetzlichen Erfordernisse errichtetes Geschäft erzielt werden könne. Damit wird aber zugleich auch die Annahme eines bedingten Gebundenseins des Zwingenden hinfällig. Auch diese „Relativität" also wird von der Nichtigkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts nicht behauptet werden dürfen.[2])

Nachdem wir die Frage nach der Behandlung des rechtsgeschäftlichen Zwanges im allgemeinen beantwortet haben, sei es gestattet, dem erzwungenen Testament im besonderem eine kurze Aufmerksamkeit zuzuwenden. Es muß das schon um deßwillen angemessen erscheinen, weil das erzwungene Testament von jeher als besonderes engeres Problem innerhalb der Gesammtfrage des Zwanges aufgefaßt worden ist, dergestalt, daß auch unter den-

---

[1]) Anders, im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht, Windscheid I § 83 S. 226. So ist auch das consensu roborare l. 4 C. II 20, wo es sich um erzwungene emtio venditio handelt, lediglich als neuer rechtsgeschäftlicher Konsens zu denken. l. 2 C. 2, 20 dagegen spricht überhaupt von zwei gesonderten Rechtsgeschäften, einem Zahlungsversprechen, welches von Anfang an nichtig war und fortdauernd nichtig bleibt, und einem davon völlig zu trennenden Zahlungsgeschäft, welches gültig ist, weil ein Zwang bei ihm nicht stattgefunden hat.

[2]) Die Relativität der Nichtigkeit in dem Sinne, daß nur der Gezwungene bezw. seine Erben sich auf die Nichtigkeit berufen können, wird übrigens allein schon dem Fall des erzwungenen Erbschaftsantrittes gegenüber hinfällig. Läge hier nur relative Nichtigkeit vor, so würde der nach dem Gezwungenen Berufene gar nicht zur Erbschaft gelangen können, da er sich auf die Nichtigkeit des Antritts seines Vormannes nicht berufen dürfte.

jenigen Gelehrten, die über die Anfechtbarkeit erzwungener Rechtsgeschäfte im allgemeinen übereinstimmen, bezüglich der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des erzwungenen Testamentes die lebhafteste Meinungsverschiedenheit herrscht.

Es ist natürlich, daß in diesem Streite die beiden Parteien gemeinsame These von der allgemeinen Anfechtbarkeit erzwungener Rechtsgeschäfte zum Ausgangspunkt genommen wird. Mit Recht nämlich weisen Vangerow, Windscheid[1]) u. a. darauf hin, daß, wenn die Quellen Anfechtbarkeit im Falle des Zwanges als allgemeine Regel darbieten, in Ermangelung von Stellen, die das Testament als Ausnahme von dieser Regel charakterisiren, die Anfechtbarkeit auch für das erzwungene Testament nicht wohl abgewiesen werden könne. Die Gegner ihrerseits erkennen das Gewicht dieser Argumentation vollkommen an und nehmen das Vertrauen zu ihrer Annahme der Nichtigkeit des erzwungenen Testaments wesentlich nur aus der allerdings zweifellosen Unanwendbarkeit der actio q. m. c. auf testamentarische Verfügungen.[2]) Die Quellen lassen nämlich keinen Zweifel darüber, daß diese Klage — die ja im Sinne der herrschenden Theorie das Hauptanfechtungsmittel ist — nur für den Gezwungenen selbst bezw. seine Erben begründet ist.[3]) Da nun beispielsweise der Intestaterbe, auf dessen Ausschluß das erzwungene Testament gerichtet ist, den Zwang seinerseits nicht erlitten hat, so kommt in seiner Person also die actio q. m. c. gar nicht zur Entstehung; ebensowenig aber steht sie ihm als Erben des Gezwungenen zu, da er zum Erben ja erst auf Grund einer durchgeführten Anfechtung werden würde. Man wird zugeben müssen, daß dieser bereits von Arndts, Schliemann, Schloßmann[4]) u. a. geltend gemachten Logik gegenüber die Anfechtbarkeit des erzwungenen Testaments in mehr als fragwürdigem Lichte erscheint.

---

[1]) Vang., Pand. II § 431 Anm. 1 Nr. 2; Windsch. (5. Aufl) III § 548 A. 2.

[2]) Vgl. Arndts, Pand. § 491 Anm. 2 S. 816, 10. Auflage.

[3]) Wenigstens findet sie sich nur als Rechtsmittel des Gezwungenen erwähnt.

[4]) Schliemann S. 81. Schloßmann S. 49. Arndts § 491 Anm. 2.

In Erkenntniß dieses Umstandes hat denn auch Windscheid für den Fall des erzwungenen Testaments einen anderen, von dem Edikt über den Zwang unabhängigen, Anfechtungsmodus vorgeschlagen.[1]) Er will den in einem erzwungenen Testament zum Erben Eingesetzten nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung beurtheilt und dem durch ein solches Testament Geschädigten demzufolge eine Klage von der Natur der condictio sine causa gegeben wissen. Von dieser grundsätzlichen Auffassung geht er aber gleichzeitig dadurch wieder ab, daß er, falls der durch das erzwungene Testament Bereicherte der Zwingende selbst ist, dem Klageanspruch des Geschädigten „die Natur der actio q. m. c." zuschreibt.

Dagegen läßt sich mehreres einwenden. Zunächst nämlich: was hat es für einen Sinn, die Kategorie der condictio sine causa überhaupt zur Anwendung zu bringen, wenn zugleich betont wird, daß in dem hauptsächlich in Betracht kommenden Fall inhaltlich gar nicht ein ihr analoger, sondern ein ganz anders gearteter Klaganspruch gegeben sei? Deutlich gesprochen heißt das doch nichts anderes, als daß die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung, wie sie in den Quellen enthalten sind, in diesem Falle gar nicht zur Anwendung gekommen seien. Des Weiteren aber, welchen Werth hat noch die von Windscheid so stark betonte Analogie der in den Quellen gegebenen „allgemeinen Behandlung erzwungener Rechtsgeschäfte", auf Grund deren er selbst Anfechtbarkeit auch des erzwungenen Testaments annehmen zu müssen glaubt, wenn er bezüglich der konkreten Gestalt dieser Anfechtbarkeit im Fall des Testaments von jener allgemeinen Behandlung gänzlich absieht? Fügen wir noch hinzu, daß die besondere Anfechtbarkeit Windscheid's eine reine Konstruktion ist, für welche die Quellen nicht den geringsten Anhalt bieten, so haben wir die Gründe erschöpft, die uns veranlassen, auch diesen Versuch, die Anfechtbarkeit des erzwungenen Testaments zu retten, durchaus für mißglückt zu halten.

Das seltsamste Dilemma also bleibt bestehen, solange man den Grundsatz des prätorischen Edikts auf Anfechtbarkeit deutet:

---

[1]) Siehe die eben citirte Stelle.

Auf der einen Seite der logische Zwang, auch für das erzwungene Testament Anfechtbarkeit anzunehmen, auf der andern Seite die Unanwendbarkeit des hauptsächlichsten Anfechtungsmittels. Die einfachste Lösung dieser Schwierigkeiten dagegen ist gegeben, sobald mit uns der Satz des Edikts auf Nichtigkeit gedeutet wird. Denn damit fällt einerseits die ganze Wucht der Analogie, die bisher die Vertreter der Anfechtbarkeit unterstützte, zu Gunsten der Annahme der Nichtigkeit in die Wagschale, anderseits kann die Unanwendbarkeit der actio q. m. c. nicht das geringste Bedenken mehr erregen. Ist doch für den Vertreter einer prätorisch-rechtlichen Nichtigkeit des erzwungenen Testaments die actio q. m. c. nur eine, und nicht einmal die hauptsächlichste, von mehreren Formen, in welchen die Nichtigkeit zum Ausdruck kommt, sodaß, auch deren Unanwendbarkeit zugegeben, von einer wirklichen Schwierigkeit, die Ediktsbestimmung beim erzwungenen Testament in Vollzug zu setzen, nicht die Rede sein kann. Die principale Erscheinungsform der prätorischen Nichtigkeit überall da, wo das metu gestum darauf abzielt, eines Rechtes zu berauben, ist vielmehr — wie oben bereits bemerkt — das Fortbestehen dieses Rechts kraft prätorischen Schutzes, welches Fortbestehen processual durch die Gewährung einer actio utilis aus diesem Rechte in die Erscheinung tritt. Die Anwendung auf das erzwungene Testament ergiebt sich von selbst: Der durch das erzwungene Testament von der civilen Erbfolge ausgeschlossene erhielt einfach die hereditatis petitio als utilis bezw. die Klagen aus den nachgelassenen Rechten des Erblassers als utiles, so daß er auf diese Weise de facto Erbe wurde, während der in dem erzwungenen Testament Eingesetzte nur nudum nomen heredis behielt. Dabei konnte dem Bedürfniß einer richterlichen Prüfung der Frage des Zwanges bequem durch einen dahin gehenden der Formel beigefügten konditionalen Zusatz Rechnung getragen werden.[1]) Ist

---

[1]) Wir glauben, uns die fraglichen Formeln etwa in folgendem Wortlaut denken zu dürfen:

Formel für den Intestaterben: Si metus causa Maevius testamentum condidisse videbitur, tum si paret, nisi id factum esset, A'm A'm heredem esse ab intestato, condemna, si n. p. a.

aber der Intestat- oder der durch ein früheres Testament eingesetzte Erbe im Besitz des Nachlasses, so wurde er in wirksamster Weise darin geschützt durch die exceptio metus, bezüglich deren von einer Beschränkung auf die Person des Gezwungenen in den Quellen nirgends etwas erwähnt wird.

Ist schon hierdurch, wie wir glauben, die prätorisch-rechtliche Nichtigkeit des erzwungenen Testaments außer Zweifel gestellt, so läßt sich zum weiteren Beweise für sie auch noch der Digestentitel „si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit" (29, 6) anführen. Dieser Titel hat, wie bekannt, einer dritten Theorie zur Entstehung verhalfen: Der sogenannten Indignitätstheorie. Trotz der angeführten Titelrubrik, die eine Behandlung auch des erzwungenen Testaments erwarten läßt, betreffen alle 3 unter ihr zusammengefaßten Gesetze lediglich den Fall, daß ein Erblasser entweder an der Errichtung eines Testamentes oder, wenn schon ein solches vorhanden war, an der Veränderung desselben bezw. an der Errichtung eines neuen verhindert worden ist. Als Mittel der Verhinderung werden neben einander vis und dolus genannt, sodaß man also wohl berechtigt ist, auch das in der Ueberschrift genannte cogere auf ein vi cogere d. h. auf den uns hier beschäftigenden Fall des psychischen Zwanges zu beziehen.[1]) Nun wird von demjenigen Testament, welches infolge der Verhinderung entweder unaufgehoben oder unabgeändert geblieben ist in l. 1 u. 2 h. t. mit klaren Worten die Nichtigkeit ausgesprochen. Es heißt da, dem Verhinderten seien die actiones — also die hereditatis petitio und die Specialklagen aus den nachgelassenen Rechten des Erblassers — zu denegiren.

Das bedeutet genau dieselbe prätorische Nichtigkeit, die wir in l. 9 D. h. t. bei erzwungener Tradition und Acceptilation kennen gelernt haben; nur daß hier die negative Seite, dort die positive Seite der Nichtigkeit hervorgehoben wird. Wenn bei der

---

Formel des institutus eines früheren Testaments: Si metus causa Maevius novo testamento condito illud, quo A'm A'm heredem instituerat, rupisse videbitur, tum si paret, nisi id factum esset, A'm A'm heredem ex test. esse, c. s. n. p. a.

[1]) Wie auch allgemein geschieht.

erzwungenen Tradition dem Tradenten die actio in rem gegeben wird, so ist dazu das nothwendige Korrelat, daß sie demjenigen, dem gezwungen tradirt wurde, verweigert bezw., wenn eine richterliche Prüfung erforderlich schien, nur bedingt d. h. mit der Marke eventueller Nichtigkeit versehen, gegeben wird. Beides, das Verweigern wie das Geben, sind nur verschiedene Seiten einer und derselben Nichtigkeit. Die Nichtigkeit des durch die Verhinderung bestehen gebliebenen Testaments steht also fest.

Was aber geschah mit dem Nachlaß, den der Verhindernde durch die Verhinderung sich hatte sichern wollen? Eine Person, welcher der Prätor als Korrelat für das denegere actiones gegenüber dem Verhindernden diese actiones als utiles hätte geben können, ist nicht vorhanden. Denn einmal, wie soll mit Sicherheit in Erfahrung gebracht werden, wen der Verstorbene durch die beabsichtigte Abänderung bezw. durch das beabsichtigte neue Testament zum Erben habe einsetzen wollen? Und dann, wenn es auch im einzelnen Fall in Erfahrung zu bringen wäre, so fehlt ja dennoch jede Möglichkeit einer testamentarischen Erbfolge, da die formelle Voraussetzung der Delation, das Testament, gar nicht zur Entstehung gelangte. Hier ist also die Bestimmung der Quellen in der Natur der Sache wohl begründet, daß der dem Verhindernden entzogene Nachlaß dem Fiskus anheimfallen solle.

Wenn nun aber noch jetzt von einigen Gelehrten auf Grund des Umstandes, daß in der Titelrubrik das cogere mit dem prohibere in engster Verbindung genannt ist, diese Bestimmung auch auf den Fall des erzwungenen Testamentes ausgedehnt und erklärt wird, auch hier sei dem Fiskus an Stelle des in dem erzwungenen Testament bedachten der Nachlaß zuzuwenden, so stellen sich dem die allerentscheidendsten Bedenken entgegen. Mit Recht nämlich ist von Vangerow[1]) und anderen darauf aufmerksam gemacht worden, daß die völlige Verschiedenheit der beiden Fälle eine so absolut gleichmäßige Behandlung nicht zuläßt. Im Falle des erzwungenen Testaments bietet sich ganz ungezwungen der Intestaterbe bezw. der in einem früheren Testament eingesetzte Erbe als diejenige Person dar, der an Stelle des in dem er-

[1]) Pand. die S. 42 Anm. 1 citirte Stelle.

zwungenen Testament Eingesetzten von Rechtswegen der Nachlaß zufallen müßte, und der gegenüber eine Bevorzugung des Fiskus eine beinahe unbegreifliche Unbilligkeit sein würde. Dazu kommt, daß durchaus nicht etwa allgemein bei Indignität ein Anrecht des Fiskus begründet, vielmehr das Gegentheil in den Quellen ausdrücklich bezeugt ist.

Aus diesen Gründen wird denn auch die Indignitätstheorie gegenwärtig fast allgemein verworfen.

Allein, wenn auch die Theorie selbst keinen Glauben finden kann, dem Beweisgrunde, mit dem sie operirt, muß unseres Erachtens eine gewisse Bedeutung beigemessen werden. Die Verbindung des cogere mit dem prohibere in der Ueberschrift jenes Digestentitels kann unmöglich bloß daraus erklärt werden, daß sich die gleiche Verbindung in der Ueberschrift des Kodextitels [1]) findet. Und wenn auch das noch anginge, so bliebe doch immer noch zu erklären, was denn die Kompilatoren veranlaßt habe, im Kodex beide Fälle zu so enger Verbindung zusammenzuschließen. Hätte eine absolute Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung derselben obgewaltet, so müßte man doch in dem Kodextitel eine leise Andeutung darüber finden. Statt dessen spricht die l. 1 desselben ganz unbestimmt von einer civilis disceptatio, die bei erzwungenenen Testament stattgehabt habe, als ob es ganz selbstverständlich sei, worin diese civilis disceptatio in concreto bestehe. Kurzum, wenn wir es auch aus den angeführten Gründen ablehnen, eine soweit gehende Gleichheit in der rechtlichen Behandlung beider Fälle anzunehmen, wie die Vertreter der Indignitätstheorie wollen — eine gewisse Gleichheit anzunehmen, scheint auch uns schlechterdings geboten. Nun liegt die Sache einfach so: Für den einen der beiden in der Rubrik vereinigten Fälle wird von den Quellen statuirt:

a) Nichtigkeit des Testaments,
b) Anfall des Nachlasses an den Fiskus.

Die sub b) genannte Bestimmung paßt — das muß zugegeben werden — nicht auf den andern Fall. Einer Beziehung der sub a) genannten auf diesen Fall dagegen steht weder von Seiten

[1]) Cod. 6, 34.

des Rechts noch von Seiten der Billigkeit das Geringste entgegen. Danach dürfte der Schluß unabweislich sein, daß eben in dieser sub a) genannten Bestimmung der Quellen jene Gleichheit beider Fälle zu sehen sei, um derentwillen sie in einer Rubrik vereinigt wurden.

Hiermit aber wäre die Nichtigkeit des erzwungenen Testaments zum Ueberfluß auch noch durch besonderen, wenn auch indirekten Beweis aus den Quellen sichergestellt.[1])

Es darf indeß nicht übersehen werden, daß die von uns behauptete Nichtigkeit ihrem historischen Ursprung nach von der auch bisher schon vielfach angenommenen verschieden ist. Solange man die Bestimmung des Edikts auf Anfechtbarkeit deutet, kann von einer Nichtigkeit des erzwungenen Testaments selbstverständlich nur im Sinne einer auf das Civilrecht begründeten die Rede

---

[1]) Wir können daher Vangerow ganz unbedenklich zugestehen, daß l. 2 § 7 de bon. poss. sec. tabulas 37, 11 mit Unrecht von Vertretern der Nichtigkeit als quellenmäßiger Beweis für ihre Ansicht ausgegeben wird. Und wir müssen das, da wir gerade darin den Fortschritt des prätorischen Rechts über das alte Civilrecht hinaus erkannten, daß — während letzteres als Erforderniß der Gültigkeit bei Willenserklärungen lediglich das Vorhandensein des Erklärungswillens aufgestellt hatte — ersteres unter Vertiefung des inneren Moments auch das Vorhandensein des Wirkungswillens zur Voraussetzung der Gültigkeit erhob. Wenn es nun in der citirten Stelle heißt „nam pro non scripto est, quem *scribi* noluit", so liegt darin augenscheinlich ein Hinweis nur auf das Fehlen des Erklärungswillens, welches bei allen Rechtsgeschäften schon nach altem Civilrecht Nichtigkeit begründete. Auch deutet der Gegensatz consulto offensichtlich darauf hin, daß hier von dem Fall eines Irrthums in der Namensbezeichnung des Erben, also in der That von einem Fall die Rede ist, in welchem der Erbeinsetzung der Erklärungswille mangelt. Für die Nichtigkeit erzwungener Erbeinsetzungen ist also die Stelle keinesfalls beweisend. Auch auf die Beweiskraft der l. 20 § 10 D. 28, 1: „sed si detenti sunt inviti testes, putant non valere testamentum" wollen wir kein allzu großes Gewicht legen, obwohl es uns willkürlich erscheint, die freiwillige Anwesenheit in den Begriff des Testamentszeugen hineinzuziehen und daraus zu deduciren, daß in dem loco citato erwähnten Falle Testamentszeugen überhaupt nicht anwesend seien. Ein inneres psychisches Moment kann u. E. nicht als Theil einer Solennität aufgefaßt werden, und die Stelle läßt sonach eine Analogie auf die Testamentserrichtung selbst vollkommen zu.

sein. Die von uns behauptete Nichtigkeit dagegen ist, wie schon aus unserer Beweisführung ersichtlich, ganz dieselbe prätorisch-rechtliche wie bei allen übrigen Rechtsgeschäften. Allein da Nichtigkeit Nichtigkeit ist, gleichviel aus welcher Quelle sie entstammt, so würden wir hierüber weiter kein Wort verlieren, wenn nicht auch gerade Czyhlarz, der — wenn auch inkonsequente — Entdecker der prätorischen Nichtigkeit, für das erzwungene Testament mit voller Entschiedenheit alt-civilrechtliche Nichtigkeit in Anspruch nähme.

Hauptsächlich bestimmend sind für ihn gewesen einerseits die „Schwierigkeiten, welche sich hier der praktischen Durchführung des Edikts entgegenstellen" anderseits der Umstand, daß trotz dieser Schwierigkeiten die Quellen über den Fall nicht die geringste Ausführung enthalten. Das, meint er, sei nur durch die Annahme zu erklären, daß der Zwang hier bereits iure civili Ungültigkeit zur Folge hatte.

Diese Beweisführung wird hinfällig durch unsern oben gegebenen Nachweis, daß — trotz der Unanwendbarkeit der actio q. m. c. — von einer Schwierigkeit, die Ediktsbestimmung auf erzwungene Testamente anzuwenden, nicht die Rede sein kann. Denn wenn eine solche Schwierigkeit in der That nicht vorliegt, so hatten auch die Quellen gar keine Veranlassung, gerade diesen Fall aus der Masse der übrigen gleichfalls übergangenen Fälle hervorzuheben.

Was aber uns zwingt, eine Nichtigkeit erzwungener Testamente schon nach Civilrecht nicht anzunehmen, ist wesentlich der Umstand, daß in den Quellen die civilrechtliche Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte so offenbar als ganz allgemeine Regel erscheint, daß man, in Ermangelung einer entgegenstehenden Notiz der Quellen, nicht berechtigt ist, daß Testament zu einer Ausnahme von dieser Regel zu stempeln. Angesichts dessen brauchen wir nicht einmal besonders Gewicht darauf zu legen, daß in l. 21 D. h. t., die ganz und gar von dem Gesichtspunkt, ob ein Geschäft civilrechtlich gültig oder nichtig sei, beherrscht ist, des Testaments mit keiner Silbe gedacht wird, obwohl eine Erwähnung desselben umso näher gelegen hätte, als andere erbrechtliche Geschäfte wie die aditio und repudiatio hereditatis in der-

selben Stelle eingehend — und zwar als gültig nach Civilrecht — behandelt werden.

Dem gegenüber kann auch der Hinweis[1]) auf l. 20 D. de v. s. 50, 16 „verba contraxerunt *gesserunt* non pertinent ad testandi ius“ in keiner Weise ins Gewicht fallen. Denn zugegeben, daß die Errichtung eines Testaments technisch als ein gerere nicht galt, so ist damit noch nicht bewiesen, daß der Prätor das gestum erit in seinem Edikt auch wirklich in diesem schärfsten technischen Sinne gemeint habe. Wir vermuthen geradezu das Gegentheil auf Grund von l. 58 D. 50, 16,[2]) an welcher Stelle Gajus ausdrücklich — und doch sicherlich mit Bezug auf irgend eine Rechtsnorm, in der sich das Wort fand — betont, daß mißbräuchlich gestum gleichbedeutend mit factum gebraucht werde.

Einen Augenblick müssen wir uns zum Schluß mit den Ausführungen Schloßmanns befassen, der — während er im allgemeinen erzwungene Rechtsgeschäfte mit uns für nichtig hält — gerade bezüglich des Testaments von dieser seiner eignen, ebenso freilich auch von allen anderen vor ihm aufgestellten Theorieen abweichen zu müssen glaubt. Das erzwungene Testament ist nach ihm weder nichtig noch anfechtbar, noch wird durch dasselbe ein Aneignungsrecht des Fiskus begründet; vielmehr ist es — gültig, und zwar nicht bloß nach altem Civilrecht, sondern schlechthin nach römischem Recht, da, wie Schloßmann meint, in diesem Punkte das Edikt die civilrechtliche Satzung unangetastet gelassen habe. Dieser Ansicht steht zunächst, wie Windscheid[3]) sehr mit Recht hervorhebt, außer der allgemeinen Tendenz des römischen Rechts, dem wahren Willen des Erblassers in jeder Beziehung Rechnung zu tragen, entscheidend entgegen l. 1 C. 6, 34 mit folgendem Wortlaut: „*Civili disceptationi* crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel quos-

---

[1]) A. a. O. S. 28.

[2]) Licet inter „gesta“ et „facta“ videtur esse quaedam suptilis differentia, attamen *καταχρηστικῶς* nihil inter gestum et factum interest.

[3]) Pandekten III S. 52 (5. Auflage).

libet alios (richtig andere Handschriften a quolibet alio) quos noluerit, scripserit.“ So wenig geeignet hier das „civilis disceptatio“ in seiner Unbestimmtheit ist, die Frage nach der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit erzwungener Testamente zu entscheiden, so absolut beweisend ist es gegen die definitive Gültigkeit derselben. Auch hat sich Schloßmann bezeichnender Weise gehütet, in seiner Ausführung über das erzwungene Testament dieser Stelle auch nur Erwähnung zu thun.

Hat er so zunächst von vornherein die Quellen gegen sich, so ist auch seine ganze Beweisführung alles andere eher als stichhaltig. Hauptargument nämlich ist für ihn das Schweigen der Quellen über erzwungene Testamentserrichtung. Hätten, so meint er, die Römer überhaupt in diesem Falle den verübten Zwang für eine rechtlich erhebliche Thatsache erachtet, so müßte auch in den Quellen etwas darüber zu finden sein. — Daß von einem völligen Schweigen der Quellen zunächst nicht die Rede sein kann, haben wir soeben gesehen. Allein abgesehen davon: eine größere Inkonsequenz als die hier von Schloßmann begangene läßt sich schwer denken. Nachdem er selbst die civilrechtliche Gültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte für eine bloß nominelle, die von dem Edikt ausgesprochene Nichtigkeit dagegen für das einzig aktuelle Prinzip des römischen Rechts erklärt hat, stellt er sich hier nun plötzlich wieder auf den civilrechtlichen Standpunkt, als ob Gültigkeit die Regel und jede Nichtigkeit nur eine vom Edikt statuirte Ausnahme von dieser Regel wäre. Denn offenbar nur in diesem Falle würde aus der Nichterwähnung des Testaments in den Quellen auf seine Gültigkeit geschlossen werden können. Nimmt man dagegen seinen Standpunkt in dem prätorischen Prinzip allgemeiner Nichtigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte — und konsequenter Weise müßte das Schloßmann — so ergiebt, wie leicht ersichtlich, sein Beweisschema ein dem seinigen gerade entgegengesetztes Resultat. Wäre nämlich das erzwungene Testament von diesem prätorischen Prinzip ausgenommen gewesen, so müßte es allerdings höchst auffallend erscheinen, daß weder in den Digesten noch im Kodex der Fall einer besonderen Besprechung gewürdigt ist. Daß er es nicht ist, unterstützt mithin sogar in wirksamer Weise unsere von

anderer Seite her gewonnene Ueberzeugung von der prätorischen Nichtigkeit des erzwungenen Testaments.

Dazu kommt, daß die Gültigkeit des erzwungenen Testaments doch zweifellos eine ebenso schwere Unbilligkeit gegenüber dem Intestaterben bezw. dem in einem früheren Testament eingesetzten Erben bedeuten würde wie die von den Vertretern der Indignitätstheorie angenommene Ungültigkeit zu Gunsten des Fiskus. Schloßmann bestreitet das allerdings, indem er erklärt:

„Von einer Benachtheiligung der Intestaterben oder des in einem früheren Testamente Eingesetzten könnte nur dann die Rede sein, wenn das Unerweisbare erweisbar wäre, daß der Testator, hätte der Zwang nicht stattgefunden, nicht durch Errichtung eines Testaments von anderem Inhalt als des erzwungenen, in einem Falle die Intestaterbfolge, im andern die durch das frühere Testament festgestellte Erbfolge ausgeschlossen haben würde. Daß er zu diesem Testament gezwungen worden, daraus folgt nicht mehr, als daß er diesen Erben nicht gewollt; nicht, daß er an dem früheren Testament habe festhalten, oder ein anderes Testament nicht habe errichten wollen, um die Intestaterben zur Nachfolge gelangen zu lassen."

Wir sind nicht in der Lage, dieser Ausführung beizupflichten. Der Zweck selbst, den der Zwingende verfolgt, bringt es mit sich, daß der Akt der gezwungenen Testamentserrichtung dem Tode des Erblassers unmittelbar vorausgehen wird; er wird also im Zweifel in einem Augenblick vollzogen, wo der wirkliche Wille des Erblassers, mag er sich nun in einem früher errichteten Testament oder in der Nichterrichtung eines Testaments ausdrücken, endgültig feststeht. Die Supposition, daß der Erblasser vielleicht, auch wenn er nicht zur Testamentserrichtung gezwungen wäre, das früher errichtete Testament freiwillig durch ein neues annullirt bezw. die Intestaterbfolge durch ein sponte errichtetes Testament ausgeschlossen haben würde — dürfte denn doch zu gekünstelt sein, als daß man annehmen könnte, das römische Recht habe ihr bei der Schaffung seiner Normen entscheidende Rechnung getragen.

Völlig unverständlich ist uns ferner, wie Schloßmann das die Testamentserrichtung beherrschende „Formalitätsprincip" her-

vorheben und gerade hieraus folgern kann, daß „ein gegen den Testator verübter Zwang als ein außerhalb des Formalitätsaktes liegendes Ereigniß keine Beachtung finden dürfe.“ [1]) Denn eben derselbe Schloßmann läßt Stipulation und Acceptilation, beides doch gleichfalls reine Formalgeschäfte, im Falle des Zwanges ganz wie wir auf Grund der Quellen dem prätorischen Prinzip der Nichtigkeit unterstehen und sagt mit keinem Wort, warum das prätorische Recht, da es sein Prinzip auf diese beiden Akte, trotz deren Solennität, ausgedehnt hat, gerade vor der Solennität der Testamentserrichtung respektvoll Halt machen soll. Der Prätor hat eben nicht, wie Schloßmann auch an dieser Stelle, im Widerspruch mit seinen eigenen früheren Ausführungen, hervorhebt, „bloß Ausnahmen von dem strengen Formalitätsprinzip statuirt“,[2]) sondern für formelle und nichtformelle Geschäfte die allgemeine und ausnahmslose Regel der Nichtigkeit im Falle des Zwangs aufgestellt, sodaß „auch das erzwungene Testament kraft prätorischen Rechts für nichtig erklären“ nicht eine Ausnahme annehmen, sondern vielmehr strikt innerhalb der Regel bleiben heißt.

Den Gipfel des Wunderlichen erreicht aber die Schloßmann'sche Darlegung an der Stelle, wo er sich über die Frage ausläßt, ob es nicht vom Standpunkte des Rechts bedenklich sei, daß man den Zwingenden die Frucht seines verwerflichen Verhaltens genießen lasse. Dagegen bemerkt er zunächst,[3]) daß der Gezwungene ja die Möglichkeit habe, durch ein neues Testament das erzwungene wieder aufzuheben, sodaß, wenn er dieß nicht thue, daraus erhelle, daß der in dem erzwungenen Testament niedergelegte Wille bei seinem Tode thatsächlich sein wirklicher Wille gewesen sei. In dem Falle aber, daß der Zwang kurz vor dem Tode des Erblassers verübt wurde, sodaß ihm keine Zeit zur Errichtung eines neuen Testamentes blieb — und diesen Fall bezeichnet Schloßmann selbst[4]) als den „allein praktischen“ — in

---

[1]) A. a. O. S. 57 oben.
[2]) Ebenda Zeile 6 ff.
[3]) A. a. O. S. 60 Zeile 1 ff.
[4]) A. a. O. S. 60 5. Zeile von unten.

diesem Falle, meint er, habe man zugleich Verhinderung an der Testamentserrichtung anzunehmen, und der Nachlaß müsse also gemäß den Bestimmungen von D. 29, 6 dem Fiskus anheimfallen!

Also in dem einzig praktischen Fall entpuppt sich die Schloßmann'sche Gültigkeit als Nichtigkeit zu Gunsten des Fiskus! Womit denn, ganz abgesehen von der Willkürlichkeit einer solchen Begriffsvermischung, wieder auf die Indignitätstheorie zurückgegriffen wäre, deren Bedenklichkeit oben dargelegt worden ist.

Die Ausführungen Schloßmann's sind also am allerwenigsten geeignet, uns bezüglich der Richtigkeit der von uns vertretenen Ansicht Zweifel zu erwecken. —

Kurz gestreift zu werden verdient zu guterletzt noch der Fall, daß ein Testament von einem Intestat- oder von einem in einem früheren Testament eingesetzten Erben in der Absicht erzwungen wurde, sich einen größeren Erbtheil zu sichern, als ihnen auch ohnedieß schon zufallen würde. Mit Bezug hierauf stehen sich zwei verschiedene Ansichten gegenüber. Uebereinstimmen die Vertreter beider Ansichten darin, daß in solchem Falle der Zwingende von aller Erbfolge, also, wenn er Intestaterbe ist, auch von der Erbfolge ab intestato, wenn er institutus eines früheren Testaments ist, auch von der Erbfolge aus diesem früheren Testamente auszuschließen sei. Die Meinungsverschiedenheit besteht darin, daß Vangerow, dem Windscheid u. a. folgen,[1]) den Erbtheil des indignus dem Fiskus anheimfallen, Glück[2]) dagegen den übrigen Intestat- bezw. Testamentserben anwachsen läßt.

Bei dem Mangel jeglicher Stelle, die diesen oder einen analogen Fall zum Gegenstand nähme, verzichten wir darauf, uns für die eine oder andere der beiden Ansichten zu entscheiden. Wir bemerken nur, daß uns eine dritte, bisher unbeachtete Möglichkeit gegeben scheint: Die nämlich, daß der Zwingende nur von der Erbfolge aus dem erzwungenen Testament, nicht aber von der

[1]) Vang., Pand. an der S. 42 Anm. 1 citirten Stelle; Windsch. III 548 S. 53.

[2]) XXXIII S. 432 u. 33.

anderweit begründeten ausgeschlossen werde. Vielleicht wäre diese Behandlung des Falles sogar vorzuziehen, insofern sie sich streng innerhalb desjenigen hält, was die Quellen selbst darbieten.

Eine nachträgliche Bestätigung des erzwungenen Testaments müssen wir entsprechend unseren obigen Ausführungen[1]) entschieden abweisen. Nur durch die nach allen Seiten hin fehlerfreie Errichtung eines neuen gleichlautenden Testaments kann der Inhalt eines solchen zur Rechtsgültigkeit erhoben werden.[2])

---

[1]) Oben S. 41. Und bezügl. l. 2 u. 4 Cod. II 20 Anm. 1 daselbst.
[2]) Vgl. Windscheid III 548 Anm. 5; Mühlenbruch XLIII S. 490 fg.